DER FERNSPRECHER
IM RECHTSVERKEHR.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

CARL GIESECKE
REFERENDAR AUS HANNOVER.

BORNA-LEIPZIG
BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE
1906.

Meiner Mutter

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535715_0076

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung.
Vorteile und Nachteile des Fernsprechers als Mittel zum Vertragsschluß 1

II. Ist der Telephonvertrag ein Vertrag unter Anwesenden oder unter Abwesenden? 4

III. In welchen Fällen kommen die Normen des Verkehrs unter Anwesenden auf die telephonische Willenserklärung zur Anwendung? 13

IV. Wann wird eine Willenserklärung durch Fernsprecher wirksam? 17

V. Vertragswidrige Verhinderung des Zugehens einer empfangsbedürftigen telephonischen Willenserklärung 24

VI. Der Irrtum im Fernsprechverkehr 31

VII. Die Haftung für Erklärungen anderer Personen im Handelsverkehr 39

VIII. Der Ferndrucker 50

Literaturverzeichnis.

Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. Jahrg. 1894.

Bruhn, Beiträge zur Lehre vom Abschluß der Verträge durch Telephon. Leipzig 1905.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches. Berlin 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. I 2. Aufl. 1902, Bd. II, 1 3. Aufl. 1905.

Dernburg, Pandekten. Berlin 1884.

Deutsche Juristenzeitung.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerl. Gesetzbuches. Mannheim 1899.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 3. Aufl. Berlin 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Berlin und Leipzig 1888.

Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches und Einführungsgesetzes. 4. Aufl. Berlin 1896.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. Berlin 1903.

Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden. Berlin 1902.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuches. 5. Aufl. München 1902.

Habicht, Die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung. Deutsche Juristenzeitung Bd. 6 S. 265 ff.

Hanseatische Gerichtszeitung. Jahrg. 1902.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerl. Gesetzbuches. München 1900.

Hölder, Über Willenserklärungen mittels Fernsprechers. Deutsche Juristenzeitung Bd. 6 S. 157.

Hölder, Der Zugang der Willenserklärung. Deutsche Juristenzeitung Bd. 6 S. 340ff.

Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts. Jena 1899.

Joerges, Zum Recht des Fernsprechverkehrs. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 56. Stuttgart 1905.

Juristische Wochenschrift.

Kahler, Die Vertragsschließung unter Abwesenden nach Bürgerl. Gesetzbuch. Straßburg 1901.

Koppers, Willenserklärung mittels Fernsprechers. Deutsche Juristenzeitung Bd. 6 S. 112ff.

Koppers, Zeitpunkt der Vollendung einer durch den Ferndrucker übermittelten Willenserklärung. Deutsche Juristenzeitung Bd. 10 S. 159ff.

Korte, Die Vertragslehre im Bürgerl. Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Berlin 1897.

Maas, Der Vertragsschluß auf elektrischem Wege. Berlin 1889.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Berlin 1906.

Meili, Das Telephonrecht. Leipzig 1885.

Meili, Die Telegraphie und Telephonie in ihrer rechtlichen Bedeutung für die kaufmännische Welt. Wien 1892.

Meili, Telephonische Gespräche und ihre Rechtsfolgen. Deutsche Juristenzeitung Bd. 3 S. 457ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888.

Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechts.

Oemler, Über Vertragsschluß unter Abwesenden nach gemeinem Rechte. Berlin 1885.

Philippi, Über Vertragsschluß durch Telephon. Breslau 1896.

Planck, Bürgerl. Gesetzbuch. 3. Aufl.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuches. Berlin 1897.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 5. Leipzig 1895.

Sames, Der Ferndrucker als Übermittler von Willenserklärungen. Deutsche Juristenzeitung Bd. 9 S. 1179ff.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Aufl. Berlin 1900.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1906.

v. Staudinger's Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuche und dem Einführungsgesetze. 2. Aufl. München 1904.

Schloßmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache. Jena 1903.

Schwarz, Der Vertragsschluß nach dem Bürgerl. Gesetzbuche und dem Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897. Bamberg 1899.
Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerl. Gesetzbuch. Stuttgart 1903.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 40.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1889, 1890.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken“ (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung.

I.
Einleitung.

Es sind jetzt ungefähr 25 Jahre verflossen, seitdem das Telephon bezw. der Fernsprecher seinen Siegeslauf um die Welt angetreten hat. Zuerst als Spielerei ohne jeden praktischen Wert betrachtet,[1]) dann vereinzelt gebraucht im Dienste von Behörden und öffentlichen Anstalten, gewann das Telephon von Jahr zu Jahr an Bedeutung, so daß es jetzt zum notwendigen Bestandteil eines jeden kaufmännischen Kontors geworden ist. Nach einer mir vorliegenden Statistik[2]) zählt man zurzeit in Deutschland in 4062 Orten mit Vermittelungsanstalten insgesamt 510831 Sprechstellen. Im Jahre 1905 hat die Zahl der gewechselten Gespräche zum ersten Male die Milliarde erreicht. Allein in Berlin mit 74836 Sprechstellen werden täglich im Durchschnitt 578422 Gespräche gewechselt. Die längste Verbindungsleitung ist die Strecke Berlin—Paris (1192 Kilometer), auf der täglich 53 Gespräche, zu je 5 Mk. stattfinden. Diese Zahlen illustrieren die Bedeutung des Telephons zur Genüge. Namentlich im Handelsverkehr ist das Telephon ein unentbehrliches Hilfsmittel geworden. Es pflegen ganze Geschäftszweige, wie z. B. der Kuxenhandel größtenteils auf telephonischem Wege erledigt zu werden.

Mit dem Wachsen seiner wirtschaftlichen Bedeutung hat sich auch die Rechtswissenschaft genötigt gesehen, sich in ausgedehntem Maße mit dem Fernsprecher zu beschäftigen. Zunächst tauchten öffentlichrechtliche Fragen,

---

[1]) vgl. Meili, Telegraphie und Telephonie S. 7.

[2]) Berliner Tageblatt vom 25. 3. 1906, 1. Beiblatt.

die das Telephon mit dem Telegraphen gemeinsam hatte, in der Rechtswissenschaft auf. Privatrechtliche Fragen wurden zuerst von den italienischen Juristen Gabba, Vidari, Norsa u. a. erörtert.[3]) In Deutschland ist es Meili,[4]) der dem Telephon, wie er sich selbst ausdrückt,[5]) „gewissermaßen das Eintrittsbillet in die Hallen des Rechtes verschafft hat". Rechtsprechung und Wissenschaft haben sodann eine reichhaltige Literatur zusammengetragen. Auch die Gesetzgebung ist am Telephon nicht spurlos vorübergegangen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dem Telephon im § 147 seine juristische Sanktion erteilt und dadurch anerkannt, daß es ein durchaus taugliches Mittel zum Abschluß von Rechtsgeschäften ist.

Als Mittel zum Vertragsschluß hat der Fernsprecher infolge der Besonderheiten seines Verkehrs, welcher von den bisherigen Verkehrsarten wesentlich abwich, Anlaß zu verschiedenen zivilrechtlichen Streitfragen gegeben. Die Vorteile des Telephons bestehen im Gegensatz zu den bisherigen Möglichkeiten des Gedankenaustausches darin, daß man in ungefähr beliebiger räumlicher Entfernung voneinander mündlich Erklärungen austauschen kann, welche in demselben Augenblick, in welchem sie abgegeben werden, auch schon von dem Erklärungsempfänger vernommen werden. Das Telephon überwindet also den Raum, welcher zwischen den Sprechenden liegt, indem es die Zeit, welche erforderlich sein würde, um die Erklärungen auf andere Weise, sei es durch Brief, sei es durch Boten zu übermitteln, erspart.

Dagegen haften dem Telephon andererseits auch große Nachteile an. Es ist dies in erster Linie seine Undeutlichkeit. Das durch den telephonischen Apparat reproduzierte

[3]) Näheres darüber: Meili, Telephonrecht S. 200 ff.
[4]) Meili, Das Telephonrecht, Leipzig 1885.
[5]) Im Vorwort genannter Schrift.

Wort ist bei weitem nicht so klar und deutlich, wie das unmittelbar von Mund zu Ohr gesprochene. Die Umsetzung der Schallwellen in Elektrizität und zurück macht das Wort verschwommen und weniger verständlich. Durch mehr oder weniger geringfügige Leitungsstörungen werden Silben verschluckt oder entstellt. Ein anderer Fehler, welcher namentlich rechtlich erheblich ist, ist die geringe Möglichkeit, den Wortlaut des telephonischen Gesprächs zu beweisen.[6]) Der schriftliche Verkehr wird durch die Urkunde bewiesen, der durch Boten, durch das Zeugnis dieses, der mündliche Verkehr durch Zeugen, die zugegen waren, oder durch Eideszuschiebung.

Eine Urkunde liefert das Telephon nicht, das telephonische Wort verklingt. Zeugen des gesamten Gesprächs können nur vorhanden sein, wenn der Apparat mehrere Hörer besitzt,[7]) denn einen Hörer muß der Sprechende selbst benutzen. Andernfalls vernimmt der Zeuge nur die Worte desjenigen, mit dem er zusammen am Telephon steht. Bei der geringen Deutlichkeit des telephonischen Wortes wird auch die Eideszuschiebung meist ein zweifelhaftes Beweismittel sein. Man kann zwar beschwören, was man selbst in das Telephon gesprochen und auch was man zu vernehmen geglaubt hat, nie aber, was der andere in das Telephon gesprochen hat, da niemand wissen kann, inwieweit dessen Worte unterwegs entstellt sind, oder ob es auch wirklich diese Person gewesen ist, die diese Worte gesprochen hat.

Die Frage, ob überhaupt mittels des Fernsprechers ein rechtsgültiger Vertrag geschlossen werden kann, ist längst zugunsten des Fernsprechers entschieden. Es bestehen jedoch verschiedene Streitfragen, über welche eine

---

[6]) vgl. Maas, Vertragsschluß auf elektrischem Wege S. 39; Meili, Telephonrecht S. 203.

[7]) Die neueren Telephone enthalten bekanntlich meist nur einen Hörer, um größere Deutlichkeit zu erzielen.

Einigung noch nicht erzielt ist. Die bekannteste von ihnen ist wohl die Frage, ob der telephonische Vertrag als ein solcher unter Abwesenden oder unter Anwesenden aufzufassen ist. Gerade in diesem Punkte herrscht wohl die größte Uneinigkeit, woraus hervorgeht, daß der Telephonvertrag sich nicht ohne weiteres in die engen Formen des römischen Rechtes hineinzwängen läßt. Sodann ist es streitig, inwieweit der Inhaber eines Telephons, zumal ein Kaufmann, für die durch dasselbe abgegebenen Erklärungen haftbar gemacht werden kann.

Im folgenden soll eine Lösung dieser und anderer Fragen versucht werden.

II.

Ist der Telephonvertrag ein Vertrag unter Abwesenden oder unter Anwesenden?

Gemeinrechtlich unterschied man zwischen dem Vertragsschluß inter praesentes und inter absentes, und auch das Bürgerliche Gesetzbuch stellt in den §§ 130 und 145 ff. besondere Normen auf für den Vertragsschluß unter Anwesenden und unter Abwesenden. Es ist hieraus die Streitfrage entstanden, ob der durch den Fernsprecher geschlossene Vertrag als ein solcher unter Anwesenden oder unter Abwesenden aufzufassen sei. Mit dem ersteren hat der telephonische Vertragsschluß die Mündlichkeit des Verkehrs und die Möglichkeit des unmittelbaren Meinungsaustauschs, der durch unmittelbar aufeinander folgende Rede und Gegenrede bewirkt wird, hingegen mit dem Vertragsschluß unter Abwesenden die räumliche Entfernung der Vertragschließenden gemeinsam. Beide bisherigen Verkehrsarten haben vor dem Telephon den Vorzug größerer Sicherheit und größerer Beweiskraft[1]) voraus. Die Kontrolle, ob und

[1]) vgl. Meili, Telephonrecht S. 203.

inwieweit eine Willenseinigung zustande gekommen ist, ist sowohl bei der mündlichen Verhandlung unter Anwesenden, wie bei der schriftlichen unter Abwesenden eine größere und sicherere. Die Vertragschließenden verhandeln jedoch durch den Fernsprecher miteinander, als wenn sie sich in Person gegenüber ständen, trotzdem sie vielleicht viele hundert Meilen voneinander entfernt sind.

Die erwähnte Streitfrage ist zuerst von italienischen Juristen aufgeworfen und hinreichend erörtert worden, ohne daß jedoch eine Einigung erzielt ist.[2])

Heute pflegt man im allgemeinen den auf telephonischem Wege geschlossenen Vertrag zu den Verträgen unter Anwesenden zu rechnen und glaubt diese Meinung dadurch unterstützt, daß das BGB. im § 147 Abs. 1 sagt:

„Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrage."

Hiermit sagt das Bürgerliche Gesetzbuch aber nicht mehr, als daß ein Antrag, der durch den Fernsprecher von Person zu Person erfolgt, ebenso wie ein Antrag an einen Anwesenden nur sofort angenommen werden kann und daß andernfalls die Gebundenheit des Antragenden an seinen Antrag erlischt.[3]) Keineswegs sagt das Bürgerliche Gesetzbuch damit, daß ein telephonischer Vertrag in allen Fällen einem solchen unter Anwesenden gleich zu behandeln sei. Diese Bestimmung rechtfertigt demnach auch nicht die Meinung, der Telephonvertrag sei ein solcher unter Anwesenden. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat vielmehr diese Frage der Wissenschaft überlassen wollen, wie sich aus der Geschichte dieser Bestimmung ergibt.

---

[2]) vgl. darüber Meili, Telephonrecht S. 200 ff.; Maas, Vertragsschluß auf elektr. Wege S. 55 ff.

[3]) vgl. Joerges in Zeitschr. f. d ges. HR. Bd. 56 S. 67.

Der Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch von 1888 enthält diesen zweiten Satz des § 147 [4]) noch nicht. Die Motive [5]) wollen die Beantwortung der Frage, ob eine Willenserklärung unter Anwesenden oder Abwesenden erfolgte, von der Beschaffenheit des Falles abhängig machen. Sie sagen darüber: „Wenn mit der herrschenden Meinung für das eine oder das andere entschieden wird, je nachdem die Beteiligten sich in solcher körperlichen Nähe, daß sie von Person zu Person verhandeln können, befinden oder nicht befinden, so ist dieser Gesichtspunkt nicht ohne weiteres verwertbar für diejenigen Willenserklärungen, welche im Wege des unmittelbaren telephonischen Verkehrs abgegeben werden; es wird zwar von Person zu Person verhandelt, aber die Beteiligten befinden sich nicht in körperlicher Nähe. Es spricht manches für die Annahme, daß auf diesen Verkehr die Grundsätze des mündlichen Erklärens unter Anwesenden Anwendung zu finden haben."

In der Kommission für die zweite Lesung wurde der betreffende Satz aufgenommen. Hier neigte man dazu, den telephonischen Verkehr als Verkehr unter Anwesenden anzusehen. Es war erwogen [6]): „Eine körperliche Anwesenheit im gewöhnlichen Sinne sei allerdings nicht vorhanden; hierauf komme es indessen nicht an. Entscheidend sei, daß, wie bei körperlich Anwesenden, ein mündlicher, unmittelbarer Verkehr stattfinde, daß Rede und Gegenrede von Person zu Person erfolgen könne." [7]) Da jedoch bei

[4]) § 83 des 1. Entw.

[5]) S. 159/60.

[6]) Prot. der Kommission für die zweite Lesung des Entw. des BGB. S. 78/79.

[7]) Ähnlich Zitelmann, Die Reichsgeschäfte im Entw. eines BGB. Bd. 1 S. 102, welcher zwei Personen dann „Anwesende" nennt, wenn die eine in der Lage ist, ihre Erklärung zu sofortigen, das heißt ohne zeitraubende Zwischenglieder erfolgenden Kenntnis der anderen zu bringen. Eine Erklärung, die durch das Telephon gemacht oder entgegengenommen wird, wäre demnach Erklärung unter Anwesenden. Ähnlich auch Hölder, Komm. zum Allg. T. des BGB. S. 29[9]).

dem telephonischen Verkehre die Laute nicht unmittelbar von dem einen dem anderen zukämen, sondern eine Vermittelung durch den Mechanismus stattfinde, so sei die Gleichstellung mit dem Verkehr unter Anwesenden ausdrücklich auszusprechen. Es genüge, wenn dies hinsichtlich der Annahme einer Offerte geschehe. Für einen allgemeinen, auch sonstige empfangsbedürftige Willenserklärungen umfassenden Ausspruch würde sich schwerlich eine passende Fassung finden lassen. Auch sei es fraglich, ob ein solcher nicht unter Umständen zu weit gehen würde. Man könne es der Wissenschaft und Praxis überlassen, den dem § 83 Satz 2 zugrunde liegenden Gedanken in sonstigen Fällen, soweit derselbe zutreffe, gleichfalls zu verwerten."

In der dem dem Reichstag vorgelegten Entwurf beigegebenen Denkschrift heißt es im Anschluß an den ersten Satz des damaligen § 143 [8]): „Diese der Auffassung des Verkehrs entsprechende Vorschrift soll nach dem Entwurf insbesondere auch für einen mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrag gelten. Bei der wachsenden Bedeutung des Fernsprechverkehrs empfiehlt sich eine ausdrückliche Bestimmung dieser Art zur Beseitigung von Zweifeln."

Hieraus geht hervor, daß die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit dieser Bestimmung keineswegs die Frage entscheiden wollten, ob der telephonische Verkehr ein solcher unter Abwesenden oder unter Anwesenden sei, sondern nur haben sagen wollen, daß der telephonische Vertragsantrag insoweit wie ein solcher unter Anwesenden zu behandeln ist, daß er wie dieser nur sofort angenommen werden kann.[9])

[8]) Denkschr. S. 40.

[9]) vgl. Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts S. 9; Schwarz, Der Vertragsschluß nach dem BGB. S. 20; Staudinger, Komm. Erl. 4 zu § 130.

Wie die Denkschrift sagt, ist diese Bestimmung aufgenommen zur Beseitigung von Zweifeln. Mangels dieser Bestimmung könnten Zweifel entstehen darüber, wie lange der Offerent an seinen Antrag gebunden ist. Enthielte das Bürgerliche Gesetzbuch den zweiten Satz des § 147 nicht, so müßte die Antwort auf diese Frage gemäß § 147 Abs. 2 lauten:

„Nur bis zu dem Zeitpunkt, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf."

Unter regelmäßigen Umständen kann dieser aber erwarten, daß der Antragsempfänger ihm sofort antwortet.[10])

Da der telephonische Verkehr ein mündlicher ist, so erfordert es allein schon die Höflichkeit, auf eine Anfrage hin sofort eine Antwort zu erteilen. Auf einen Vertragsantrag hin kann die Antwort aber nur in dreierlei Weise ausfallen. Sie kann eine Annahme des Antrags sein, eine Ablehnung desselben, welche auch in der Form eines Gegenantrags zu erblicken ist, oder endlich die Bitte, eine Frist zur Überlegung zu gewähren.[11]) Die Erfüllung dieser Bitte liegt in der Hand des Antragenden: wenn er nicht gebunden sein will, kann er dies dem Antragsempfänger mitteilen. Mit erfolgter Annahme oder Ablehnung erlischt die Gebundenheit von selbst. Auch bei Anwendung der Regeln des Vertragsschlusses unter Abwesenden erlischt die Gebundenheit des telephonisch Antragenden, falls der Antrag nicht sofort angenommen wird, da man unter regelmäßigen Umständen auf eine telephonische Offerte sofort eine telephonische Antwort erwarten darf. So wird für die meisten Fälle auch die Ansicht vertreten, daß der Antragende auf eine telegraphische Offerte eine telegraphische

[10]) Maas a. a. O. S. 48.
[11]) Ähnlich Hölder a. a. O. S. 324.

Antwort erwarten darf,[12]) und seine Gebundenheit in dem Zeitpunkte erlischt, in welchem die telegraphische Annahmeerklärung ihm unter regelmäßigen Umständen hätte zugehen müssen. Auch hier bleibt dem Antragsempfänger nicht viel Zeit zur Überlegung. Der Antragsteller gibt eben schon dadurch, daß er sich des Fernsprechers bedient, zu erkennen, daß er eine sofortige Antwort erwartet und eine längere Gebundenheit an seinen Antrag ausschließen will.

Bei der Beantwortung der Frage, ob der Telephonvertrag ein Vertrag unter Abwesenden oder unter Anwesenden sei, läßt sich aus den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Stütze für die eine oder die andere Meinung nicht herleiten. Um diese Frage zu beantworten, empfiehlt es sich zunächst, auf die Bedeutung der Begriffe „anwesend“ und „abwesend“ etwas näher einzugehen. Es mag zugegeben werden, daß der Unterschied zwischen Anwesenheit und Abwesenheit kein absoluter, sondern ein relativer ist, und daß es Fälle gibt, in denen es schwer zu sagen ist, ob zwei Personen noch als anwesend oder als abwesend zu betrachten sind.[13]) Diese Tatsache kommt aber hier nicht in Betracht, denn in den Fällen, wo zwei Personen durch den Fernsprecher verhandeln, wird ihre räumliche Entfernung voneinander durchweg so groß sein, daß man sie nicht als „anwesend“ im gewöhnlichen Sinne des Wortes bezeichnen kann. Das alte Handelsgesetzbuch unterschied demgemäß auch Verträge unter „Gegenwärtigen“ und unter Abwesenden. Scheinbar bedeutet „gegenwärtig“ und „anwesend“ dasselbe. Tatsächlich aber bezeichnet „gegenwärtig“ eine zeitliche Beziehung im Gegensatz zu „zukünftig, vergangen“, „anwesend“ eine räumliche Beziehung im

[12]) Crome, System des deutschen bürgerl. R. S. 399; Planck, BGB. Erl. 2 zu § 147 (Bd. 1 S. 264); Staudinger a. a. O. Erl. 5 zu § 147.

[13]) Meili, Telephonrecht S. 202 führt den Fall an, daß zwei Personen durch ein großes Sprachrohr miteinander verkehren.

Gegensatz zu „abwesend“. Ein Vertrag unter Gegenwärtigen im obigen Sinne ist der Telephonvertrag zweifellos, da er in bezug auf die Zeit, zu welcher er geschlossen wird, sich nicht von einem in körperlicher Anwesenheit geschlossenen Vertrage unterscheidet. Ein Vertrag unter Anwesenden im obigen Sinnne ist er nicht, weil eben die Parteien nicht räumlich anwesend sind. Der Sprachgebrauch hat jedoch den Unterschied zwischen den Begriffen „gegenwärtig“ und „anwesend“ dermaßen verwischt, da man mit „gegenwärtig“ auch vielfach die räumliche Gemeinschaft zu bezeichnen pflegt, daß man mit ihm nicht mehr operieren kann.

Was versteht man aber heute unter „anwesend“?

Philippi[14]) sagt: „Anwesend ist nach den uns allgemein geläufigen Begriffen eine solche Person (denn um diese handelt es sich hier) in Beziehung zu einer anderen, wenn sie von dieser mit Hilfe der ihr zu diesem Zweck zur Verfügung stehenden Sinne wahrgenommen werden kann; auch muß die Möglichkeit der physischen Einwirkung auf die betreffende Person von seiten der anderen vorhanden sein, sie muß sich in der körperlichen Machtsphäre der andern befinden.“ Philippi nennt also die Kontrahenten anwesend, wenn sie in der Lage sind, sich quasi die Hand schütteln zu können. Daß diese Auffassung gewissermaßen dem entspricht, was man im allgemeinen unter „anwesend“ versteht, ist zweifellos. Ein Vertrag unter Anwesenden in diesem Sinne ist der Telephonvertrag nicht, denn es fehlt an der Möglichkeit der physischen Einwirkung. Derselben Ansicht ist Schwarz,[15]) welcher Personen nur als anwesend betrachtet, „wenn sie sich in demselben Raum befinden, so daß sie von Mund zu Ohr und Aug' in Aug' miteinander verkehren können“. Wenn das Bürgerliche

[14]) Philippi, Über Vertragsschluß durch Telephon S. 17.
[15]) Schwarz a. a. O. S. 18.

Gesetzbuch in sonstigen Fällen von Anwesenheit redet, wie z. B. in § 152 (Beurkundung eines Vertrages), § 925 (Auflassung), § 1317 (Eheschließung), § 1434 (Ehevertrag), § 2276 (Erbvertrag), so wird niemand behaupten wollen, die „Anwesenheit" könne durch telephonische Verbindung ersetzt werden.[16]) Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch in diesen Fällen von „gleichzeitiger" Anwesenheit redet, so ist damit nur ausgedrückt, daß die betreffenden Personen nicht zu verschiedenen Zeiten die erforderlichen Erklärungen abgeben sollen.

Es ist trotzdem der telephonische Vertrag als ein solcher unter Anwesenden bezeichnet worden. Im allgemeinen wird diese Ansicht damit begründet, daß der Verkehr ein mündlicher ist. Es ist aber nicht die Mündlichkeit, welche die Verträge unter Anwesenden kennzeichnet. Wenn zwei Taubstumme sich in gegenseitiger Anwesenheit schriftlich verständigen, so liegt doch zweifellos auch ein Vertrag unter Anwesenden vor. Die Mündlichkeit des Verkehrs und die sich aus ihr ergebenden Tatsachen, wie die Möglichkeit sofortigen Meinungsaustausches, berechtigen noch nicht, aus dem Telephonvertrage einen Vertrag unter Anwesenden zu machen. Der Verkehr unter Anwesenden hat vor dem Verkehr durch Fernsprecher vieles voraus. Anwesende sind in der Lage, sich über die Person des Vertragsgegners zu orientieren, den Eindruck desselben entgegenzunehmen, während dies durch das Telephon

---

[16]) Eine interessante Entscheidung hat das Reichsgericht gefällt im Beschluß des I. Sen. v. 11. 12. 05: Die telephonische Einlegung eines Rechtsmittels kann, auch wenn der durch das Telephon angerufene Gerichtsschreiber nachträglich eine Notiz über die erfolgte Anmeldung zu den Akten macht, weder als schriftlich noch als Einlegung zu Protokoll erachtet werden. Auch ist der Gerichtsschreiber nicht verpflichtet, auf die telephonische Mitteilung hin ein Protokoll aufzunehmen, JurW. 1906 S. 254.

fast immer unmöglich sein wird.[17]) Abgesehen davon, daß die Laute durch den Apparat mehr oder weniger verändert werden, ist der Gehörsinn allein zum Erkennen einer Person weniger geeignet. Gute Bekannte zwar kann man vielleicht auch durch den Fernsprecher an der Sprache erkennen, im allgemeinen Verkehr hingegen ist dies ausgeschlossen. Durch die Beschaffenheit des Fernsprechers an sich wird schon Mißverständnissen Tor und Tür geöffnet. Es wird immer leichter sein, das Zustandekommen einer Willenseinigung unter Anwesenden zu prüfen, wie durch den Fernsprecher. Die telephonische Willenserklärung kann sowohl dadurch gefährdet werden, daß sie einem anderen als demjenigen, für welchen sie bestimmt ist, zugeht, wie durch Mängel des Apparats oder Störungen der Leitung. Außerdem hat, wie schon hervorgehoben, der Telephonvertrag eine geringere Beweiskraft, wie der Vertrag unter Anwesenden. Die persönliche Anwesenheit eben ermöglicht eine besondere Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs und kann deshalb nie durch telephonische Verbindung oder einen vollkommeneren Apparat der Zukunft ersetzt werden. „Anwesenheit" ist etwas anderes als „telephonisch Verbundensein". Es hieße die Bedeutung dieses Begriffs verdrehen, wenn man den Telephonvertrag einen Vertrag unter Anwesenden nennt.

Der Telephonvertrag ist und bleibt ein Vertrag unter Abwesenden. Da das Telephon aber als neuzeitiges Verkehrsmittel sich bedeutend von allen bisherigen Verkehrsmitteln unterscheidet, so erfordert der Telephonvertrag dementsprechend in mancher Beziehung die Anwendung anderer Normen als der, die bislang auf die Verträge

[17]) Meili, Telephonrecht S. 202 vergleicht den Vertragsschluß durch den Fernsprecher mit dem Vertragsschluß zwischen zwei blinden Personen. Ebensowenig, wie die eigenhändige Unterschrift durch einen Gummistempel, kann die persönliche Anwesenheit durch den elektrischen Draht ersetzt werden!

unter Abwesenden angewendet wurden. Bei Verhältnissen, deren Schwerpunkt in der Mündlichkeit des Verkehrs liegt, ebenso bei solchen, die auf der Möglichkeit unmittelbaren Meinungsaustausches beruhen, wird man naturgemäß auch Normen des Verkehrs unter Anwesenden auf den Fernsprechverkehr anwenden müssen. Deshalb hat in gewisser Beziehung auch Koppers[18]) recht, wenn er sagt, daß die Unterscheidung zwischen Erklärungen unter Anwesenden und unter Abwesenden veraltet ist. Allerdings liegt meines Erachtens das Unterscheidungsmerkmal nicht immer, wie Koppers meint, darin, daß ein Schriftstück in den Händen des Empfängers verbleibt, sondern es ist vielfach die Möglichkeit des unmittelbaren Meinungsaustausches, welche eine besondere rechtliche Behandlung verlangt. Jedenfalls wird da, wo die besonders große Verkehrssicherheit, die den Vertragsschluß unter Anwesenden charakterisiert, in den Vordergrund tritt, die persönliche, räumliche Anwesenheit nicht zu ersetzen sein.[19])

III.

In welchen Fällen kommen die Normen des Verkehrs unter Anwesenden auf die telephonische Willenserklärung zur Anwendung?

Wie die Denkschrift sagt, bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch zur Vermeidung von Zweifeln,[1]) daß ein mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachter Antrag nur sofort angenommen werden kann. Das Gesetz sagt hiermit ausdrücklich, daß eine Norm des Vertragsschlusses unter Anwesenden auf den Telephonvertrag angewandt werden

---

[18]) Koppers in der DJZ. 10. Jahrg. 1905 S. 160.

[19]) vgl. z. B. die Ausführungen S. 39 ff.

[1]) Denkschr. S. 40.

soll. Es handelt sich hier aber nur um einen Antrag von Person zu Person, d. h. von seiten des einen Vertragschließenden selbst an den anderen Vertragschließenden selbst, denn wenn eine Mittelsperson den Antrag absenden oder entgegennehmen würde, so würde diese als Bote aufgefaßt werden müssen, so daß ohne weiteres die Regeln des Vertragsschlusses unter Abwesenden zur Anwendung kommen müßten.[2]) Ist jedoch diese Mittelsperson ein direkter Stellvertreter, ein Vertreter im Willen, der kraft seiner Vertretungsmacht den Antrag sofort annehmen kann, so kommt naturgemäß auch die Bestimmung des § 147 Satz 2 zur Anwendung. Ein gewöhnlicher Vertrag unter Abwesenden liegt dagegen vor, wenn die telephonische Willenserklärung von einem Beamten der Fernsprechzentrale entgegengenommen und von diesem an den Adressaten weitergegeben wird,[3]) da es auch in diesem Falle an dem Erfordernis des direkten mündlichen Verkehrs von Person zu Person, der allein die sofortige Antwort ermöglicht, fehlt.

Es ist ausdrücklich bestimmt, daß die telephonische Offerte nur sofort angenommen werden kann. „Sofort" ist mehr, wie „unverzüglich",[4]) deshalb hat die Annahme unmittelbar nach dem Verhallen der Offerte zu erfolgen, widrigenfalls die Gebundenheit des Antragenden erlischt. Wenn nach erfolgtem Antrage die telephonische Verbindung unterbrochen wird, so endet die Gebundenheit des Antragstellers, da eine sofortige Antwort ihm nicht mehr zuteil

[2]) vgl. Frankenburger in der DJZ. 1904 Bd. 9 S. 845.

[3]) Geschieht dies ohne Willen des Antragenden, z. B. weil die Leitung von der Zentrale zum Oblaten zur Zeit der Abgabe der Erklärung gestört war, so würde eine Bindung des Antragenden an die Offerte nicht eintreten, da im Zweifel anzunehmen ist, daß der Antragende die Gebundenheit ausschließen wollte, als er sich des Fernsprechers bediente.

[4]) Ebenso Planck, Erl. 1 zu § 147 Bd. 1 S. 263.

werden kann. Wenn nach noch so kurzer Zeit die Verbindung wiederhergestellt ist und der Oblat nun den Antrag annimmt, so ist, da die Annahme nicht sofort erfolgt und die Gebundenheit des Antragstellers erloschen ist, doch kein Vertrag zustande gekommen.[5]) Eine solche Annahme gilt nach § 150 BGB. als neuer Antrag. Ob Treu und Glauben den Antragsteller verpflichten, sich auf diese verspätete Annahme zu erklären, ist je nach der Lage des einzelnen Falles zu beurteilen. Zu berücksichtigen wird dabei sowohl die Art der Offerte, wie die Zeit der Unterbrechung sein. Der § 147 BGB., welcher sich lediglich auf den Vertragsschluß unter Abwesenden bezieht, kann jedoch bei der telephonischen Offerte nicht zur Anwendung kommen. Wenn die Annahmeerklärung rechtzeitig, also sofort abgegeben wird, so geht sie auch schon in demselben Augenblick dem Antragenden zu; eine Verzögerung derselben auf dem Wege ist der Natur der Sache nach nicht möglich, sie kann höchstens verloren gehen. Genügt es aber, wenn der Antragsempfänger in dem Fall, daß nach Abgabe der Offerte die Verbindung unterbrochen wird, den Antrag sofort annimmt und die Annahmeerklärung, da der telephonische Weg verschlossen ist, sofort in schriftlicher Form oder telegraphisch absendet? Die Annahme wäre dann sofort erfolgt! Unter regelmäßigen Umständen wäre die Antwort dem Antragsteller rechtzeitig, d. h. durch den Fernsprecher zugegangen, was der Antragende auch erkennen mußte. Ist dieser nun nach § 149 verpflichtet, dem Annehmenden unverzüglich von dem verspäteten Eintreffen der Annahmeerklärung Mitteilung zu machen? Die Frage ist wohl zu verneinen Wenn auch dem Wortlaut des § 147 Satz 2 nach der mittels Fernsprechers gemachte Antrag sofort angenommen

---

[5]) Ebenso Planck, Erl. 1 zu § 147 Bd. 1 S. 263. Anderer Ansicht: Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 388 Anm. 12.

ist, so ist doch der Sinn dieser Bestimmung, daß auch die Annahme mittels Fernsprechers von Person zu Person zu erfolgen habe. Eine Anzeige von dem verspäteten Eintreffen der Annahmeerklärung ist schon deshalb nicht nötig, weil der Oblat selbst weiß, daß die Annahmeerklärung zu spät eintrifft.

Auch in einem anderen Fall erfordert es die Mündlichkeit des telephonischen Verkehrs, daß Regeln des Verkehrs unter Anwesenden auf telephonische Willenserklärungen angewendet werden müssen. Es wird allgemein angenommen, daß solchen Personen, die sich in einem Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befinden, Willenserklärungen unter Abwesenden zugehen können.[6]) Dies erklärt sich daraus, daß diese Personen, sobald sie sich wieder im Vollbesitz ihrer Geisteskräfte befinden, in der Lage sind, von der Willenserklärung Kenntnis zu nehmen. Ist die Willenserklärung ihnen schriftlich zugegangen, so können sie dieselbe später lesen, ist sie an einen Hausgenossen bestellt, so können sie sich dieselbe von diesem mitteilen lassen. Wenn jedoch die Willenserklärung durch den Fernsprecher abgegeben wird, so wird der Empfänger entweder sie nicht entgegennehmen können, oder nicht fähig sein, ihren Sinn zu verstehen. Ist dieselbe ihm nun zugegangen? Wenn derjenige, der die Willenserklärung abgibt, erkennt, daß die Person, die sich an dem anderen Fernsprechapparat befindet, nicht im Vollbesitz ihrer Geisteskräfte, z. B. sinnlos betrunken ist, so wird er selbst auch erkennen, daß er sich eines untauglichen und unzulässigen Erklärungsmittels bedient, und daß die Willenserklärung daher dem Empfänger nicht zugehen kann,[7]) und wird diesem die Erklärung schriftlich oder auf andere

[6]) vgl. Joerges a. a. O. S. 68; Crome a. a. O. Bd. 1 S. 364.
[7]) vgl. Staudinger a. a. O. Einleitung vor § 116 Nr. III.

Weise zugehen lassen. Wenn er aber den Zustand des Anerklärten nicht erkennt? Unter Anwesenden würde die Willenserklärung dem Empfänger nicht zugehen können, auch wenn der Erklärende nicht weiß, daß sein Vertragsgegner zur Zeit geschäftsunfähig ist.[8]) Diese Behandlung dürfte auch eine Willenserklärung durch den Fernsprecher erfahren müssen, da auch in diesem Falle, wie unter Anwesenden, der Empfänger nicht in der Lage ist, später nach Aufhören der Geschäftsunfähigkeit von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Anders würde sich allerdings der Fall gestalten, wenn der Erklärungsempfänger, um das Zugehen einer Willenserklärung, zu deren Entgegennahme er verpflichtet ist, zu verhindern, sich absichtlich in einen Zustand der Bewußtlosigkeit versetzt hätte. In diesem Fall würde, wie später noch eingehend erörtert werden wird, die Willenserklärung als ihm zugegangen anzusehen sein.[9])

IV.

Wann wird eine Willenserklärung durch Fernsprecher wirksam?

Für Willenserklärungen unter Abwesenden hat sich das Bürgerliche Gesetzbuch der sogen. Empfangstheorie angeschlossen, indem es im § 130 bestimmt, daß eine solche Willenserklärung in dem Zeitpunkte wirksam wird, in welchem sie dem Anerklärten zugeht. Für den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Erklärungen unter Anwesenden entbehrt das Bürgerliche Gesetzbuch einer Bestimmung. Die Motive[1]) wollen die Entscheidung von dem einzelnen

---

[8]) vgl. Planck a. a. O. Erl. 4 zu § 131 Bd. 1 S. 241.
[9]) vgl. Isay a. a. O. S. 87.
[1]) Mot. Bd. 1 S. 156.

Fall abhängig machen. Es ist daher bestritten, ob eine Willenserklärung unter Anwesenden wirksam wird im Zeitpunkte, in welchem der Anerklärte die Möglichkeit der Kenntnisnahme besitzt,[2] oder im Zeitpunkte der Kenntnisnahme selbst.[3] Die herrschende Meinung steht hier mehr oder weniger auf dem Standpunkte der sogen. Vernehmungstheorie.[4] Das Erfordernis der Kenntnisnahme wird aber auch unter Anwesenden nur erforderlich sein, wenn es sich um eine mündliche Willenserklärung handelt, die einem Anwesenden, z. B. einem Taubstummen übergebene schriftliche Erklärung, wird schon mit der Übergabe wirksam sein,[5] nicht allein, weil der Anerklärte vom Augenblick der Übergabe an in der Lage ist, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, sondern weil der Erklärende erwarten kann, daß er auch tatsächlich sofort von ihr Kenntnis nimmt. Bei der mündlichen Willenserklärung ist eine Kenntnisnahme vor dem Vernehmen derselben unmöglich; mit dem Vernehmen erfolgt die Kenntnisnahme.

Wer die telephonische Willenserklärung als eine solche unter Anwesenden betrachtet, wird ihre Wirksamkeit ohne weiteres nach der Vernehmungstheorie behandeln müssen und zu dem Schluß kommen, daß eine telephonische Erklärung nur wirksam wird, wenn der Anerklärte sie vernimmt. Wer hingegen dieselbe als eine Erklärung unter Abwesenden ansieht, hat zu prüfen, in welchem Zeitpunkt

[2]) So Hölder in der DJZ. Bd. 6 S. 157; Staudinger a. a. O. Vorb. III vor § 116; Sigel, Der gewerbl. Arbeitsvertrag S. 156.

[3]) Joerges a. a. O. S. 69; Crome a. a. O. Bd. 1 S. 392; Elzbacher, Handlungsfähigkeit S. 237; Planck a. a. O. Erl. 2 zu § 130 Bd. 1 S. 235.

[4]) Bestritten ist wiederum, ob vorsätzliche Nichtkenntnisnahme der Kenntnisnahme gleichsteht. So Planck a. a. O. Bd. 1 S. 235; anders Elzbacher a. a. O. S. 237.

[5]) Ebenso Isay a. a. O. S. 94.

die telephonische Willenserklärung dem Empfänger gemäß § 130 BGB. zugegangen ist.

Unter regelmäßigen Umständen wird der Empfänger die Erklärung unmittelbar am Telephon vernehmen, sodaß dieselbe, wie eine Erklärung unter Anwesenden, mit dem Vernehmen wirksam wird. Es ist aber auch der Fall denkbar, daß der Anerklärte sich zwar am Telephon befindet und auch in der Lage ist, die Willenserklärung zu hören, sie aber, sei es durch Unachtsamkeit, sei es durch irgend welche Ablenkung doch nicht vernimmt. In diesem Falle wäre ihm die Willenserklärung nach den üblichen Regeln des Vertragsschlusses unter Abwesenden zugegangen, da der Erklärungsempfänger sich in der Lage befand, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Wenn er dies nicht tut, so ist sein Verhalten ein schuldhaftes, dessen Folgen ihn allein treffen, ebenso wie, wenn er es unterläßt, die an ihn gerichteten Briefe zu lesen. Denn die in den Briefen enthaltenen Willenserklärungen waren ihm schon zugegangen, als die Briefe in das Gewahrsam des Adressaten gelangten.

Planck sagt[6]): „Wer eine Erklärung einem Abwesenden gegenüber abgibt, ist nicht imstande, sich darüber zu vergewissern, ob dieser von der ihm zugegangenen Erklärung Kenntnis erhält. Das Verkehrsbedürfnis erfordert hier, das ‚Zugehen' für genügend zu erklären. Ein gleiches Bedürfnis besteht für die einem Anwesenden gegenüber abgegebene Erklärung nicht. Wer eine solche abgibt, kann sich davon überzeugen, ob der andere Teil die Erklärung vernimmt oder nicht. Ein dem ‚Zugehen' ähnliches Verhältnis besteht hier nicht".

Diese Vergewisserung, ob der Anerklärte von der Erklärung Kenntnis erhalten hat, ist durch den Fern-

---

[6]) Planck a. a. O. Erl. 2 zu § 130 Bd. 1 S. 235.

sprecher teilweise erschwert, teilweise unmöglich. Joerges führt folgenden Fall an[7]):

„A ruft den B an; B meldet sich, nimmt dann, da seine Aufmerksamkeit durch irgend etwas abgelenkt wird, als A gerade seine Mitteilung — z. B. eine Kündigung — macht, den Hörer vom Ohr ab. Als er ihn wieder erheben will, gibt A bereits das Schlußzeichen. Ist die Kündigung dem B zugegangen? Man wird die Frage wohl bejahen müssen, denn in Zweifelsfällen muß man der Auffassung den Vorzug geben, welche die Sicherheit des Verkehrs am meisten zu fördern geeignet ist".

Und das mit Recht! B hat dadurch, daß er sich meldet, dem A zu verstehen gegeben, daß er bereit war, die Erklärungen des A entgegenzunehmen. Er war in diesem Falle verpflichtet, seine Aufmerksamkeit auf den Apparat zu richten und durfte auf keinen Fall den Hörer vom Ohr nehmen. A durfte dagegen annehmen, daß seine Kündigung von B gehört sei. Die Kündigung ist dem B zugegangen.

In demselben Sinne hat das Kammergericht einen ähnlichen Fall entschieden, den Meili in der Deutschen Juristenzeitung mitteilt[8]):

„Ein Berliner Kaufmann hatte ein Geschäft mit einem Hamburger Hause abgeschlossen, wonach dieses spätestens am 1. August die Ware in Berlin abzuliefern habe, weil sie nach dieser Zeit nicht mehr verwendet werden könnte. Die Ware wurde rechtzeitig an einen Spediteur in Berlin abgesandt und traf am 29. Juli in Berlin ein. Das Hamburger Haus rief an diesem Tage durch einen Angestellten (K) den Berliner Kaufmann telephonisch an, und am Telephon erschien der Kommis A. K teilte nun diesem letzterem mit, die Ware sei schon in Berlin eingetroffen,

[7]) Joerges a. a. O. S. 70.

[8]) 1898 Bd. 3 S. 457; vgl. auch DJZ. Bd. 2 S. 23.

da es aber vorkomme, daß die Zurollung nicht ungesäumt und nicht pünktlich erfolge, so möge man mit dem schon früher in Aussicht genommenen Spediteur in Verbindung treten. Der Angestellte K sagte aus, er habe speziell gefragt, ob alles verstanden sei und ob man dem Vorschlage zustimme. Der Kommis A soll geantwortet haben, er habe alles verstanden. Indessen wurde bei dem Spediteur nicht reklamiert, und als die Ware erst am 2. August ankam, verweigerte der Käufer ihre Annahme. Die erste Instanz wies die Klage auf Zahlung des Kaufpreises ab, während das Kammergericht ihr stattgab. Die zweite Instanz fand, es sei erwiesen, daß die Angaben des K. über den Inhalt des telephonischen Gesprächs tatsächlich richtig seien. Das Kammergericht erwog folgendes:

‚Der Kommis A will zwar nichts von der Mitteilung der Ankunft der Ware und von der Aufforderung, mit dem Spediteur in Verbindung zu treten, gehört haben; er erklärt aber bei seiner zweiten Vernehmung die Möglichkeit eines etwaigen Überhörens dadurch, daß ihm zur Zeit des fraglichen telephonischen Gesprächs Übung im Telephonieren gefehlt habe, er vielleicht auch dem Schlusse des Gesprächs nicht mehr die genügende Aufmerksamkeit geschenkt habe, da er gleichzeitig im Laden beschäftigt gewesen sei. Gerade der letztgedachte Umstand läßt es nun erklärlich erscheinen, daß A seine zustimmende Erklärung aus dem Gedächtnis verloren hat, weil seine Aufmerksamkeit geteilt war, und daß er deshalb glaubt, dieselbe überhaupt nicht abgegeben zu haben. Hat aber, wie der Gerichtshof für erwiesen annimmt, A namens der Beklagten zugestimmt und nur, weil er durch mehrfache gleichzeitige Beschäftigung abgelenkt war, vergessen, seinen Chefs von dem Inhalt des telephonischen Gesprächs Mitteilung zu machen, oder hat er gar infolge mangelhafter Übung im Telephonieren nicht oder nicht richtig verstanden, so kann die Beklagte daraus Rechte für sich nicht herleiten. Sie mußte, wenn

sie sich in ihren Geschäftsbeziehungen telephonischer Vermittelung bediente, dafür Sorge tragen, daß der von ihr mit dem Telephonieren Beauftragte nicht bloß ausreichende Übung und Geschicklichkeit hierzu besaß, sondern auch vor allem dafür sorgen, daß der Beauftragte nicht durch anderweitige Beschäftigung derart gleichzeitig in Anspruch genommen wurde, daß er dem Telephon nicht die erforderliche Aufmerksamkeit widmen konnte. In dieser Beziehung ist ihr aber sowohl in der Auswahl des A als auch wegen dessen gleichzeitiger mehrfacher Beschäftigung der Vorwurf zu machen, daß sie nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gehandelt hat; sie kann deshalb auf solche Irrtümer, die ihren Grund in diesem Verschulden haben, Entschuldigungsgründe nicht stützen, muß vielmehr gegen sich gelten lassen, daß das, was etwa infolge ihres Verschuldens nicht zu ihrer Kenntnis gelangt ist, als zu ihrer Kenntnis gelangt dennoch angesehen wird."

Auch in diesem Falle war der Kläger außerstande, sich zu vergewissern, ob seine Erklärung der beklagten Firma zugegangen sei. Den Umständen nach durfte er dies annehmen. Die Erklärung ist dem Angestellten A und damit der Firma „zugegangen" und damit wirksam geworden. Meili wendet sich gegen diese letzte Entscheidung mit den Worten: „Die Angestellten sind in unendlich vielen Fällen in die faktische Lage versetzt, Handlungen an der Stelle ihrer Prinzipale vorzunehmen; allein es wäre doch völlig unverständlich, überall eine Verantwortlichkeit des Prinzipals zu prätendieren. Sie können auch Wechselformulare, die im Bureau liegen, fälschen, oder Schecks; allein wer wird dann schlankweg behaupten, daß dafür der Prinzipal hafte."

Der Prinzipal ist keineswegs für alle Handlungen, die seine Angestellten für ihn vornehmen, haftbar. Das Kammergericht wollte die Bedeutung seiner Entscheidung auch nicht ausdehnen. Das Telephon ist aber ein Instrument,

welches sich den althergebrachten Rechtsnormen schwer anpaßt; es bedarf deshalb besonderer rechtlicher Behandlung. Wenn das Kammergericht ihm diese zuteil werden läßt, so entspricht dies den besonderen Bedürfnissen des Verkehrs, und es wäre falsch, eine solche Behandlung auf weitergehende Fälle auszudehnen. Wenn auf den ersten Blick die Entscheidung des Kammergerichts als etwas Neues erscheinen sollte, so wird man erkennen, daß die ausgesprochenen Grundsätze der Gerechtigkeit entsprechen, wenn man folgenden Fall bedenkt, der in juristischer Beziehung nicht anders zu behandeln ist, wie der vom Kammergericht behandelte Fall. Man denke sich, daß der Kommis K persönlich bei der Berliner Firma vorgesprochen hätte. Er hätte dort den Kommis A getroffen und ihm mündlich dieselben Erklärungen wie durch den Fernsprecher gemacht. Es würde, wenn der A bei Entgegennahme der Erklärungen nicht gehörig aufgeachtet hätte oder deren Sinn vergessen hätte, wohl niemand bezweifeln, daß dieselben der Firma zugegangen wären. Die Entscheidung des Kammergerichts ist deshalb rechtlich einwandsfrei. Auch in diesem Falle müßte anerkannt werden, daß der beklagten Firma in bezug auf ihren Angestellten culpa in eligendo zur Last fiel, für die sie unbedingt haftbar ist. Der Fall würde dadurch nicht geändert, daß der Chef sich selbst an dem Fernsprecher befunden hätte. Wenn der Chef selbst nicht aufgeachtet hätte, so würde sein Verschulden ebenso groß sein, als wenn er einen unfähigen Handlungsgehilfen zur Bedienung des Telephons bestimmt.

Wenn Meili dieser Entscheidung widerspricht, so wird er in erster Linie an die Staubsche Theorie über die Haftbarkeit des Prinzipals für die telephonischen Erklärungen seiner Angestellten denken, welche aber mit dem vorliegenden Falle nichts gemein hat. Ebensowenig wie ein Prinzipal einen Kommis anstellen wird, welcher taub oder der Landessprache nicht mächtig ist, so darf derselbe

auch keinen Handlungsgehilfen zur Bedienung des Telephons bestellen, der nicht in der Lage ist, es in gehöriger Weise zu bedienen.

Joerges[9]) sagt zu diesem Fall: „Die Mitteilung ist ihm zugegangen und die Entscheidung fällt gegen die Beklagte aus, ohne daß es der ziemlich komplizierten Erwägungen des Kammergerichts bedarf."

Das Ergebnis dieser Ausführung ist also, daß unter regelmäßigen Umständen die telephonische Willenserklärung in dem Augenblick wirksam wird, in dem der Adressat sie vernimmt. Sie geht aber dem Adressaten auch ohne daß er sie vernimmt zu, wenn derselbe in der Lage ist, Kenntnis von ihr zu nehmen, dies jedoch schuldhafterweise unterläßt. In der Lage, Kenntnis von der Willenserklärung zu nehmen, wird der Adressat jedoch nur sein, wenn die telephonische Verbindung mit ihm hergestellt ist und er sich in einer dem Erklärenden erkennbaren Weise am Apparat befindet.

V.

Vertragswidrige Verhinderung des Zugehens einer empfangsbedürftigen Willenserklärung durch den Fernsprecher.

Ein Vertrag kommt in dem Augenblick zustande, in dem unter den Kontrahenten die erforderliche Willenseinigung erzielt ist. Das ist der Fall, wenn jeder der Vertragschließenden weiß, was der andere will, und der beiderseitige Wille sich deckt, also dann, wenn die Annahmeerklärung dem Antragenden zugeht. Wie aber, wenn der Antragende, um das Zustandekommen des Vertrages

[9]) Joerges a. a. O. S. 70.

zu vereiteln, das Zugehen der Annahmeerklärung verhindert?

Im allgemeinen ist niemand verpflichtet, irgend eine Willenserklärung entgegenzunehmen, und jemand gibt dadurch, daß er Fernsprechanschluß besitzt, noch nicht zu erkennen, daß er bereit sei, alle rechtserheblichen Willenserklärungen durch den Fernsprecher entgegenzunehmen. Anders aber, wo auf Grund eines Rechtsverhältnisses eine Verpflichtung zur Entgegennahme einer Willenserklärung besteht. Habicht[1]) führt verschiedene Fälle an, in denen eine solche Verpflichtung besteht, wie z. B. die Annahme eines Antrags, die Mahnung oder Kündigung, die Ausübung des Wahlrechts bei Alternativobligationen (§ 263), die Ausübung des Wieder- oder Vorkaufsrechts (§§ 497, 505) u. a. Eine Verpflichtung zur Entgegennahme dieser Willenserklärungen besteht zweifellos. Trotzdem wäre es verkehrt, hieraus zu folgern, daß der Adressat verpflichtet wäre, diese Willenserklärungen gerade durch den Fernsprecher entgegenzunehmen. Wenn ich von seiten meines Hauswirts eine Kündigung erwarte, so kann mir niemand verwehren, den Hörer abzuhängen, um eine telephonische Verbindung mit dem Hauswirt zu vereiteln. Mag er die Kündigung mir auf anderem Wege zustellen!

Aber es gibt Fälle, in denen eine Verpflichtung zur Entgegennahme bestimmter Erklärungen durch den Fernsprecher besteht. So der von Koppers[2]) angeführte Fall:

„A in C bietet dem B in D telephonisch zwei Kuxe zum Preise von 1000 Mk. bis 7 Uhr abends an. Um 6 Uhr verreist A, weil er angeblich auswärts unaufschiebbare Geschäfte zu besorgen hat. Um $6^1/_2$ Uhr telephoniert B, daß er das Angebot annehme. Die Annahmeerklärung wird von der Ehefrau des A am Fernsprecher in Empfang

[1]) Habicht in der DJZ. Bd. 6 S. 265.
[2]) Koppers in der DJZ. Bd. 6 S. 112.

genommen. Diese erwidert, daß ihr Mann verreist sei, daß sie von der Angelegenheit keine Kenntnis habe und sich auf nichts einlassen könne. Eine Vollmacht hatte die Ehefrau nicht."

Koppers entscheidet den Fall dahin, daß das Kaufgeschäft mangels rechtzeitiger Annahme des Angebots nicht zustande gekommen und die Klage des B auf Vertragserfüllung abzuweisen sei. Hierüber seien mehrere Kaufleute, denen er den Fall vorgetragen hat, geradezu entrüstet gewesen: Dem A, welcher sich vor dem ihm inzwischen leid gewordenen Geschäftsabschluß absichtlich habe drücken wollen, stehe weder Recht noch Billigkeit zur Seite. Es sei allgemein Verkehrssitte, daß auf eine Anfrage mittels Fernsprechers die Antwort auf demselben Wege erwartet werde. Derjenige, welcher einen Vertragsantrag mittels Fernsprechers mache, müsse dafür sorgen, daß ihn die mittels Fernsprechers gegebene Annahmeerklärung innerhalb der Annahmefrist erreichen könne. Er sei verpflichtet, entweder selbst so lange am Fernsprecher zu bleiben oder eine andere Person mit dem Empfange der Erklärung zu beauftragen.

Koppers versucht sodann, der kaufmännischen Auffassung mit Hilfe des § 151 BGB. entgegenzukommen, ohne jedoch ein anderes Ergebnis zu erlangen.

Hölder und Habicht treten dieser Entscheidung entgegen.[3])

Hölder hält zwar den Telephonvertrag für einen Vertrag unter Anwesenden, steht aber in betreff der Frage der Wirksamkeit der Willenserklärungen nicht auf dem Standpunkt der Vernehmungstheorie. Eine Erklärung unter

[3]) Hölder in der DJZ. Bd. 6 S. 157; Habicht in der DJZ. Bd. 6 S. 265 ff.; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 401 ist der Meinung, daß in solchen Fällen die vertragsmäßig gesetzte Frist nicht abläuft, und die Erklärung auch später noch unverzüglich nach Beendigung des Hindernisses abgegeben werden kann.

Anwesenden könne auch wirksam werden, ohne vom Empfänger vernommen zu sein. In diesem Falle liege außerdem ein Vertrag unter Abwesenden vor, da sich nicht der Empfänger selbst, sondern eine dritte Person am Fernsprecher befunden habe, da nur die telephonische Erklärung „von Person zu Person" als unter Anwesenden erfolgt gilt. Die Erklärung sei ihm gerade so gut zugegangen, wie eine in der Wohnung des Empfängers den Seinigen durch ihren Urheber übergebene briefliche Erklärung.

Wenn nun aber bei A niemand am Fernsprecher erschienen wäre? Dann hätte doch die Erklärung dem A nicht zugehen können!

Zu demselben Ergebnis versucht Habicht auf anderem Wege zu gelangen. Er betrachtet die Annahmeerklärung als ein Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit vom Eintritt einer Bedingung — nämlich der, daß sie dem Empfänger rechtzeitig zugeht — abhängig ist, im Sinne des § 158 BGB.[4]) Wenn der Empfänger der Annahmeerklärung, also der Offerent, wider Treu und Glauben den Eintritt dieser Bedingung verhindert, so gelte die Bedingung nach § 162 Abs. I BGB. als eingetreten. Ein Handeln wider Treu und Glauben liegt aber vor, wenn der Offerent, um das Zustandekommen des Vertrages zu verhindern, verreist. Nach § 162 wäre alsdann die Annahmeerklärung als rechtzeitig dem Offerenten zugegangen anzusehen und deshalb der Vertrag zustande gekommen. In obigem Falle könne also B auf Erfüllung aus dem Kaufvertrage klagen.

Diese Auffassung ist aber höchst unnatürlich, da eine Bedingung im Sinne des § 158 nicht vorliegt. Unter Bedingungen im Sinne des § 158 versteht man Klauseln, welche einem Rechtsgeschäft beigefügt sind, um dessen rechtliche Wirkung vom Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses abhängig zu machen. Eine solche Be-

---

[4]) Ebenso Maas a. a. O. S. 71, 72.

dingung liegt hier nicht vor, und deshalb ist auch der § 162 nicht verwertbar. Der Grund, warum die nach Umlauf der Frist erklärte Annahme wirkungslos ist, liegt eben darin, daß der Vertragsantrag mit dem Umlauf der Frist seine Annahmefähigkeit verliert. Der Oblat hätte mittels eines dringenden Telegramms trotzdem noch die Annahmeerklärung dem Offerenten zugehen lassen können. Zu der Begründung der Kaufklage würde außerdem die Behauptung erforderlich sein, daß der Offerent besonders zu dem Zwecke verreist sei, um das Zustandekommen des Vertrages zu verhindern, d. h. daß er wider Treu und Glauben gehandelt habe. Diese Behauptung ist aber sehr schwer zu beweisen. Außerdem ist im Falle des dolus der § 162 entbehrlich, da dann der § 826 zu demselben Ziele führt.[5])

Wenn aber der Vorsatz nicht nachgewiesen werden kann? Habicht will diesen Grundsatz auch auf die Fälle ausdehnen, wo die Abgabe der Willenserklärung zwar nicht durch den zu ihrer Entgegennahme Verpflichteten absichtlich vereitelt, wo sie aber lediglich durch Umstände verhindert worden ist, die in der Person des zur Entgegennahme Verpflichteten lagen, vorausgesetzt, daß der andere Teil (der Erklärende) die nach der Verkehrssitte erforderlichen und durch die Umstände des Falles gebotenen Maßregeln innegehalten hat. Habicht

[5]) Zitelmann a. a. O. Bd. 1 S. 102ff., stützt sich auf den dem § 136 des ersten Entwurfes: „Wenn der bedingt Verpflichtete die Erfüllung der Bedingung in einer dem Inhalte des Rechtsgeschäftes zuwiderlaufender Weise verhindert, so gilt die Bedingung als erfüllt," zugrunde liegenden Rechtsgedanken und kommt in analoger Anwendung zu dem Ergebnis: „Wenn der Empfänger der Willenserklärung die Kenntnisnahme derselben absichtlich oder aus grober Fahrlässigkeit (er vergißt z. B. den Brief zu öffnen, verreist, ohne einen Bevollmächtigten zu hinterlassen) hindert, so kann er sich nicht darauf berufen, daß er keine Kenntnis von derselben erlangt habe."

nimmt hierbei folgende Analogie zu Hilfe: „Wie der Gläubiger eine Leistung des Schuldners entgegenzunehmen hat, so hat in unserem Fall der Adressat eine Willenserklärung des Gegners entgegenzunehmen. Nimmt der Gläubiger die ihm gehörig angebotene Leistung des Schuldners nicht an, so gerät er in Verzug, d. h. die aus der Nichtannahme entstehenden Nachteile muß er tragen. Diese Folge trifft den Gläubiger nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, ohne daß ihm ein Verschulden bei der Nichtannahme zur Last zu fallen braucht. Entscheidend ist lediglich, daß der Schuldner die Leistung gehörig angeboten hat, sie aber infolge von Umständen, die auf seiten des Gläubigers liegen, nicht hat bewirken können. Dieselben Grundsätze müssen bei einer Verhinderung des Adressaten an der Entgegennahme von Willenserklärungen gelten. Denn die Stellung des Gläubigers und des Adressaten ist in beiden Fällen die gleiche: sie sollen nichts leisten, sondern nur etwas entgegennehmen."

Diesen Ausführungen ist aber wohl kaum beizupflichten. Die Verpflichtung das Gläubigers, die ihm vom Schuldner gehörig angebotene Leistung anzunehmen, ist anderer Art als die Verpflichtung des Offerenten, die Annahmeerklärung des Oblaten entgegenzunehmen. Erstere entspringt einem Vertragsverhältnisse, die zweite Treu und Glauben. Der Gläubiger kann die Leistung verlangen; der Offerent kann nicht verlangen, daß seine Offerte angenommen wird. Auch die Folgen der Nichteinhaltung beider Verpflichtungen sind verschiedene. Bei Nichtentgegennahme der Annahme soll diese als erfolgt gelten; dies ist bei Nichtentgegennahme der Leistung bei Verzug des Gläubigers nicht der Fall.

Es wird vielmehr so zu entscheiden sein. Wenn der Offerent sich vorsätzlich der Entgegennahme der telephonischen Annahmeerklärung entzieht, z. B. das Hörrohr abhängt, so vernichtet er die Möglichkeit, von der Annahme-

erklärung Kenntnis zu nehmen. Hierdurch handelt er seiner Verpflichtung zur Entgegennahme derselben in einer Treu und Glauben widersprechenden Weise entgegen. Trotzdem aber ist dem Offerenten eine Annahme nicht zugegangen. Dies ist auch nicht erforderlich, denn der Oblat kommt auch auf andere Weise zu seinem Rechte. Das vorsätzliche Verhindern des Zugehens der Annahme ist aber eine Handlung, welche als gegen die guten Sitten verstoßend bezeichnet werden muß. Der Offerent ist deshalb nach § 826 BGB. verpflichtet, dem Oblaten den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er das Angebot nicht annehmen konnte. Er wird also in dieselbe Lage versetzt, als wenn er die Offerte angenommen hätte, als wenn seine Annahmeerklärung dem Offerenten zugegangen wäre. Deshalb kann er nach dem Grundsatze der Naturalrestitution mit der Schadensersatzklage dasselbe verlangen, wie mit der Kaufklage.

Aber man kommt auch zu demselben Ergebnis, wenn die Verhinderung des Zugehens der Willenserklärung nur auf Fahrlässigkeit beruht.

Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts[6]) verstößt der, der die Verspätung des Zugehens einer für ihn bestimmten Willenserklärung verschuldet hat, dadurch nicht gegen Treu und Glauben. Wohl aber handelt er gegen Treu und Glauben, wenn er aus seinem Verschulden zum Nachteile des andern einen Vorteil herleiten will. Derselbe Rechtsgrundsatz kann aber auch auf den Fall angewandt werden, in welchem die Willenserklärung infolge Verschuldens des Anerklärten diesem überhaupt nicht zugehen konnte. Auch in diesem Falle kann der Anerklärte sich einem event. Schadensersatzanspruch gegenüber nicht auf eigenes Verschulden berufen.

---

[6]) Entsch. d. RG. Bd. 58 S. 409.

VI.

Der Irrtum im Fernsprechverkehr.

Bei der Lehre von der Berücksichtigung des Irrtums stehen sich von je zwei Faktoren gegenüber, nämlich das Interesse des Irrenden und die Sicherheit des Verkehrs. Diese beiden Faktoren in einer der Billigkeit entsprechenden Weise abzuwägen ist beim Telephonvertrag besonders schwierig, da das Telephon von Natur nicht die Sicherheit wie jeder andere Verkehr bietet. Viel häufiger wie der mündliche und schriftliche Verkehr gibt der telephonische Anlaß zu Irrtümern. Diese Erscheinung beruht auf der Eigenart des Telephons, welche sowohl das gegenseitige sichere Erkennen der Vertragschließenden erschwert und die Wahrnehmung des Gegners auf das Ohr beschränkt, während zugleich der Apparat das gesprochene Wort oft nur undeutlich und unvollkommen wiedergibt. Diese Mängel des Telephons haben früher die Frage angeregt, ob überhaupt ein gültiger Vertrag durch den Fernsprecher geschlossen werden könne, und inwieweit man einem solchen Rechtsverbindlichkeit zuerkennen solle. Man findet noch jetzt vielfach die Anschauung vertreten, daß ein lediglich telephonisch geschlossener Vertrag nicht verbindlich sei. Es hat sich deshalb im Handelsverkehr die Sitte herausgebildet, einen jeden telephonisch geschlossenen Vertrag schriftlich zu bestätigen. Dernburg[1]) sagt: „Ein sorgfältiger Kaufmann wird telephonisch zugegangene Aufträge nicht ohne weiteres ausführen, er wird vielmehr, wie dies im telephonischen Verkehre schon längst üblich ist, durch Rückfrage oder in anderer Weise zunächst über die Richtigkeit der Order sich Gewißheit verschaffen müssen. Unterläßt er dies, so tut er es auf seine Gefahr."

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 388 Anm. 13.

Diese Rückfrage würde zweckmäßig nur schriftlich erfolgen können. Wir hätten alsdann zwei gleichlautende Verträge, einen telephonischen und einen schriftlichen. Welcher von beiden soll aber nun gelten? Diese Frage ist sehr wichtig in bezug auf die Zeit des Abschlusses. Wenn der Telephonvertrag nicht verbindlich sein soll, was hat denn da der § 147 Satz 2 noch für Bedeutung? Wenn aber der telephonische Vertrag schon gültig ist, wozu denn die Bestätigung? Die Antwort ergibt sich wiederum aus der mangelhaften Beschaffenheit des Fernsprechers: Der Verkehr ist mündlich wie unter Anwesenden, läßt aber die unter Anwesenden vorhandene größere Sicherheit vermissen. Wenn das telephonische Wort verklungen ist, fehlt die Möglichkeit, zu beweisen, daß es so gesprochen, wie es verstanden worden ist. Die schriftliche Bestätigung soll diesen Mangel heilen und die Vertragschließenden überzeugen, daß ihre Willenseinigung in der gewünschten Weise zustande gekommen ist. Die schriftliche Bestätigung ergänzt nur den Telephonvertrag, gibt ihm die erforderliche Sicherheit und liefert den Vertragschließenden die beweiskräftige Urkunde, aber der Vertrag ist bereits gültig in dem Zeitpunkte zustande gekommen, wo telephonisch die Annahme erklärt wurde.[2])

Die schriftliche Bestätigung des telephonischen Vertrages ist gewiß geeignet, die Folgen von Irrtümern auf ein geringes zu beschränken und deshalb empfehlenswert. Wer aber trägt die Gefahr des Irrtums, wenn die Bestätigung des Gespräches nicht oder zu spät erfolgt?

---

[2]) Wenn zwei Kaufleute, die miteinander in Geschäftsverbindung stehen, telephonisch einen Vertrag schließen, so genügt es, wenn der eine von ihnen dem andern den Inhalt des Vertrages schriftlich bestätigt und der andere ihm nicht antwortet, um den Vertrag im Sinne des Bestätigenden als geschlossen anzusehen. Vgl. Entsch. d. KG. in der DJZ. 1906 S. 264. Ähnlich Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 403, 404.

Diese Frage hat Philippi[3]) auf folgende Weise zu lösen versucht: „Jedem der das Telephon kennt“, so führt er aus, „ist es offenkundig, daß dem telephonischen Verkehr Schwächen und Unsicherheiten von Natur anhaften. Wenn sich also jemand dazu entschließt, das Telephon zum Transportmittel seiner Willensäußerungen zu machen, so ist dieser Entschluß gewissermaßen eine stillschweigende Abfindung mit diesen Fehlern, ein Übersehenwollen der aus ihnen entspringenden Gefahr. Anders beim Empfänger einer telephonischen Nachricht. Dieser hat im normalen Fall keine Wahl des Verkehrsmittels, er ist schlechterdings gezwungen, sich dieses Mittels für seine Antwort zu bedienen. Wenn sich nun bei dieser Antwort ohne seine Schuld durch die Unzuverlässigkeit des Telephons die Ursache zu einem Schaden im oben erwähnten Sinne gegeben wurde, sollte dann derjenige, der gezwungenerweise sich des Telephons bediente, dafür büßen sollen, daß die Wahl dieses Weges im konkreten Fall eine verfehlte war? Es scheint doch nur billig, daß derjenige, welcher die Initiative zu der telephonischen Verhandlung gab, auch für die aus derselben entstehenden Schäden aufkommt.“

Diesen Ausführungen Philippis, nach welchen derjenige die Gefahr trägt, auf dessen Wunsch die telephonische Verbindung hergestellt wurde, ist nicht beizutreten. Die stillschweigende Abfindung mit den Fehlern des Telephons seitens des Anrufenden, wie Philippi sie annimmt, würde so viel bedeuten, wie eine Erklärung an den Angerufenen, diesem allen Schaden ersetzen zu wollen, der durch unverschuldeten Irrtum entstehen könnte. Eine solche Garantieübernahme ist aber in der Wahl des Telephons als Transportweg nicht zu erblicken. Mit demselben Recht könnte man annehmen, daß ein Reisender, der sich eine Eisenbahnfahrkarte löst, damit stillschweigend auf den

---

[3]) Philippi, a. a. O. S. 47 ff.

Ersatz eines Schadens, den er infolge eines unverschuldeten Eisenbahnunglücks erleidet, verzichtet, denn auch die Eisenbahn ist ein relativ gefährliches Beförderungsmittel.

So generell, wie Philippi dies will, läßt sich diese Frage auch nicht beantworten, da der hier besonders in Betracht kommende Irrtum sehr verschieden gestaltet sein kann.

Ein sehr leicht vorkommender Fall ist der, daß der Anrufende falsch verbunden wird, ohne daß er dies bemerkt, sich also im Irrtum über die Person des Vertragsgegners befindet. Zum Beispiel will jemand, A, durch seinen Bankier Karl Meyer Kuxe kaufen, wird aber mit Bankier August Maier verbunden, der auf seine Frage „wer dort" „hier Bankier Maier" ruft. Der Anrufende ist also über die Identität seines Mitkontrahenten im Irrtum, während sich dieser über den Anrufenden vollständig im klaren befindet. Ist hier ein Vertrag zustande gekommen, bezw. kann der Anrufende denselben anfechten? Zunächst ist der Irrtum des Anrufenden zu betrachten und zu prüfen, unter welche Art des Irrtums dieser fällt.

Es ist ein Fall des Irrtums über die Identität des Mitkontrahenten (error in persona), dem die römischen Juristen in weitem Umfange Erheblichkeit beigemessen haben[4]) und der demnach nach römischem Recht Nichtigkeit zur Folge hatte. Nach der gemeinrechtlichen Theorie wurde dieser Irrtum bei den Rechtsgeschäften des täglichen Lebens, wie z. B. dem Verkauf gegen bar, bei welchem die Persönlichkeit des Mitkontrahenten eine untergeordnete Rolle spielt, als unwesentlich betrachtet und hatte in diesen Fällen keinen Einfluß auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts. Der § 98 Satz 2 des 1. Entw. zum BGB. bestimmte,

[4]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 102, 4 b. (1. Aufl. 1884) S. 232.

daß im Zweifel anzunehmen sei, eine Willenserklärung würde nicht abgegeben sein, wenn die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unter anderen Personen beabsichtigt wurde. Ein solcher Irrtum bewirkte also im Zweifel Nichtigkeit der Willenserklärung nach dem vorhergehenden Satze desselben Paragraphen. Diese Bestimmung wurde jedoch in der 2. Kommission gestrichen.[5])

Nach geltendem Rechte ist dieser Irrtum in Gemäßheit des § 119 BGB. zu behandeln. In der Theorie ist es bestritten, ob der Irrtum über die Person des Mitkontrahenten als ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung[6]) anzusehen ist, oder als ein Irrtum über eine Eigenschaft der Person. Letzterer Ansicht ist z. B. Hölder, welcher die Identität für eine Eigenschaft ansieht. Er sagt[7]): „Verwechsle ich die vor mir stehende Person mit dem Sohne meines Freundes, so schreibe ich irrtümlich jener die Eigenschaft zu, der Sohn meines Freundes zu sein, und diesem die Eigenschaft zu, zurzeit vor mir zu stehen; die Bedeutung des ersten Irrtums für meine Handlung ist aber ganz unabhängig davon, ob damit der zweite sich verbindet.“[8])

Dem ist zu entgegnen, daß nicht alles, was man von einer Person aussagen kann, eine Eigenschaft derselben ist.[9]) Die Identität einer Person ist keine Eigenschaft derselben, ist auch nicht der Komplex sämtlicher Eigenschaften der Person. Ein Irrtum über die Identität einer Person ist ein Irrtum über die Person als solche, ihre Eigenschaften kommen hierbei erst in zweiter Linie in

---

[5]) Prot. der 2. Kommission S. 112.

[6]) So Plank, Bem. 2a zu § 119 Bd. 1 S. 213.

[7]) Hölder, Komm. Bem. 6 zu § 119 S. 261 ff.

[8]) Ebenso Staudinger a. a. O. Erl. II, 4 zu § 119.

[9]) Begriffe, wie z. B. befreundet, bekannt, verwandt usw. bezeichnen nicht etwa eine Eigenschaft, sondern eine Beziehung einer Person einer zu andern.

Betracht. Wenn außerdem der Irrtum über die Identität zu dem Irrtum über eine Eigenschaft der Person gehörte, so würde er nie zur Anfechtung eines Rechtsgeschäft berechtigen, denn nur der Irrtum über solche Eigenschaften, die im Verkehr allgemein als wesentlich angesehen werden, kann zur Anfechtung dienen, während der Irrtum über die Identität einer Person — abgesehen vom Familien- oder Erbrecht — durchweg als unwesentlich gilt. Im Verkehr ist der Irrtum über die Identität nur sehr selten wesentlich, und wenn man glaubt, er sei wesentlich, so ist es meistens ein Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft, der sich hinter ihm verbirgt. Wenn der Verkäufer einer Person Kredit gewährt, weil er sie mit einem ihm bekannten, zahlungsfähigen Kunden verwechselt, so ist das wesentliche Moment seines Irrtums nicht die Person selbst, denn die ist ihm im allgemeinen gleichgültig, sondern die Zahlungsfähigkeit des Käufers. Er hat ihr nicht deshalb Kredit gegeben, weil er sie kennt oder zu kennen glaubt, sondern weil er weiß, daß sie zahlungsfähig ist. Bei einem solchen Irrtum ist die Persönlichkeit des Mitkontrahenten nicht das wesentliche, sondern deren Eigenschaften. Ein reiner Identitätsirrtum kommt rechtlich nur selten in Betracht. Wenn ich eine Willenserklärung an eine bestimmte Person richte, so wird diese Richtung der Erklärung ein Bestandteil derselben. Richte ich dieselbe aber an eine andere Person, als an diejenige, an welche ich die Erklärung zu richten glaube, so erhält dieselbe einen ganz anderen Inhalt, als wie ich ihn ihr geben wollte. Infolgedessen befinde ich mich, ohne mir dessen bewußt zu sein, in einem Irrtum über den Inhalt meiner Erklärung. Praktisch wird die Entscheidung der Frage, ob der Identitätsirrtum ein Irrtum über eine Eigenschaft der Person oder über den Inhalt der Erklärung ist, wenig Wert haben, da der erstere auch wie der letztere zu behandeln ist.

Nach § 119 Abs. 1 BGB. kann die Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums erfolgen, wenn anzunehmen ist, daß der Irrende sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Diese Voraussetzungen werden aber gerade bei dem Irrtum über die Person des Mitkontrahenten oft nicht vorliegen und dann leicht zu Härten Anlaß geben. Nehmen wir in dem oben genannten Beispiel an, der Anrufende trifft kurz nach dem telephonischen Gespräch den von ihm gemeinten Bankier und fragt diesen, ob er seinen Auftrag schon ausgeführt habe. Dieser bestreitet zunächst, einen solchen erhalten zu haben, übernimmt es aber auf A's, wie er meint, wiederholte Aufforderung, ihm die gewünschten Papiere sofort zu verschaffen. Kaum hat A diese erhalten, da treffen auch schon die Kuxe des anderen Bankiers ein, mit welchen A versehentlich verbunden war. Muß A nun beide behalten, oder kann er eine Bestellung wegen Irrtums anfechten?

Wenn anzunehmen ist, daß A, wenn er gleich gemerkt hätte, daß er falsch verbunden war, auch bei diesem Bankier die Kuxe bestellt hätte, — und dies wird anzunehmen sein, denn warum sollte der eine Bankier den Auftrag nicht ebensogut ausführen können, wie der andere — so kann er diese Bestellung nicht anfechten. Als A darauf bei seinem richtigen Bankier die Bestellung erneuerte, lag bei ihm ein Irrtum im Motiv vor, denn er glaubte, der richtige Bankier hätte seinen Auftrag vergessen, und dieser Glaube war der Beweggrund der zweiten Bestellung. In solchen Fällen ist aber ein Irrtum im Motiv auf den Bestand des Rechtsgeschäfts ohne Einfluß: er muß also auch diese Papiere behalten. Dies kann für ihn unter Umständen verhängnisvoll werden, denn z. B. bei einem Kurssturz der Papiere hat er den Schaden zu tragen.

Es gibt aber auch Fälle, in denen auf Grund des

Identitätsirrtums zweifellos Anfechtung gegeben ist. Ich will z. B. einem guten Freunde[10]) gefälligkeitshalber auf vier Wochen ein Zimmer in meiner Wohnung vermieten. Als ich ihn telephonisch anrufen will, werde ich mit einem anderen Herrn verbunden, ohne dies zu bemerken. Dieser bedarf umständehalber eines Zimmers und willigt ein, sodaß der Mietvertrag perfekt wird. Wenn er einziehen will, kann ich zweifellos anfechten, da ich keinen fremden Menschen in meiner Wohnung haben will, selbst wenn dieser die sämtlichen vorzüglichen Eigenschaften meines Freundes in noch höherem Maße besitzen sollte.

Eine andere Art des Irrtums kann durch die spezifisch mangelhafte Beschaffenheit des Fernsprechers hervorgerufen werden. Es kommt oft vor, daß Willenserklärungen durch Mängel des Apparats, Störungen der Leitung und sonstige Zufälle entstellt oder verschluckt werden. Bei dem Wort „verkaufen" schlägt der Wind bei der Silbe „ver" die Drähte zusammen, so daß der Empfänger „kaufen" versteht. Es ist dies nichts anderes als ein Fall unrichtiger Übermittelung der nach § 120 BGB. zu behandeln ist.[11]) Derjenige, dessen Erklärung verstümmelt ist, trägt hier die Gefahr. Er kann seine Erklärung unter den Voraussetzungen des § 119 anfechten, hat aber auch in dem Falle dem Anerklärten gemäß § 122 das negative Vertragsinteresse zu ersetzen. Liegen die Voraussetzungen des § 119 nicht vor, oder hat der Erklärende nicht rechtzeitig angefochten, so haftet er für den vollen Schaden des Anerklärten.

Anders liegt der Fall bei Mißverständnissen, welche dadurch entstehen, daß die Erklärung zwar richtig übermittelt wird, der Empfänger dieselbe aber falsch versteht.

[10]) Es ist m. E. keine Eigenschaft einer Person, daß diese mein Freund ist, vgl. Anm. 9.

[11]) vgl. Staudinger, Komm. Erl. 4 zu § 130; Planck, BGB. Erl. 3 zu § 130 Bd. 1 S. 236.

Ein Vertragsantrag wird z. B. vom Oblaten falsch verstanden. Dieser wird sich des Mißverständnisses nicht bewußt und antwortet: „Jawohl, ich nehme an“. Die beiden Willenserklärungen decken sich, und der Vertrag ist im Sinne des Offerenten zustande gekommen, trotzdem Wille und Erklärung des Annehmenden nicht übereinstimmen. In diesem Fall trägt der Antragsempfänger die Gefahr. Er ist allerdings unter den Voraussetzungen des § 119 zur Anfechtung seiner Annahmeerklärung berechtigt.[12]) Als er den Antrag annahm, befand er sich insoweit in einem Irrtum über den Inhalt seiner Erklärung, als er nicht wußte, daß er einen ganz anderen Vertragsantrag annahm, als wie er anzunehmen glaubte. Nach Philippis Meinung hätte nicht er, sondern der Antragende den Schaden zu tragen, weil dieser das Telephon zur Übermittelung seiner Offerte wählte und damit zu dem Mißverständnis Veranlassung bot.

VII.

Die Haftung für telephonische Erklärungen anderer Personen im Handelsverkehr.

Vollmacht und Stellvertretung spielen im Handelsverkehr eine besonders große Rolle. Da der Chef eines mehr oder weniger großen Handelsgeschäftes nicht in der Lage ist, alle zum Betriebe gehörigen Rechtsgeschäfte persönlich abzuschließen, so ist er genötigt, seine Angestellten zu bevollmächtigen, daß diese an seiner Stelle für ihn Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Je nach der Stellung und Vertrauenswürdigkeit des Angestellten richtet sich der Umfang seiner Handlungsvollmacht. Teils zum Schutze des Kaufmanns, teils zum Schutze des Käufers

[12]) vgl. Staudinger a. a. O. Erl. 4 zu § 130.

hat das Handelsgesetzbuch Normen für die Handlungsvollmacht aufgestellt.

Wer mit einem Handlungsbevollmächtigten ein den Prinzipal verpflichtendes Geschäft abschließen will, muß im allgemeinen prüfen, welcher Art dessen Vollmacht beschaffen ist, und ob derselbe auch für eben dies Geschäft den Prinzipal verpflichten kann. Da diese Prüfung für den Dritten nicht allzu leicht ist, präsumiert das Gesetz in dem häufigsten und alltäglichsten Falle: HGB. § 56:

„Wer in einem Laden oder in einem offenen Warenlager angestellt ist, gilt als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen."

In diesem Falle ist zwar der Käufer der Prüfung überhoben, ob die Person, die ihn bedient, Vollmacht besitzt. Er hat aber, wenn er sich auf den § 56 HGB. stützen will, zu untersuchen, ob die Person in dem Laden oder Warenlager angestellt ist und ob derartige Verkäufe und Empfangnahmen in einem derartigen Laden gewöhnlich geschehen. Die Präsumtion des § 56 ist also nicht sehr weitgehend.

Wenn ich in einen Zigarrenladen gehe, von einer dort anwesenden Person, die ich für den Kommis halte, eine Kiste Zigarren kaufe, dieselbe bezahle und bitte, sie mir zuzusenden, so kann ich mich nicht auf den § 56 stützen, wenn es sich herausstellt, daß der scheinbare Kommis kein Angestellter, sondern ein zufällig anwesender Betrüger gewesen ist, der mein Geld eingestrichen hat.

Es wird im allgemeinen zwar nicht schwer zu erkennen sein, ob eine Person in einem Laden angestellt ist oder nicht. Man erkennt dies mit dem Auge an seinem Benehmen, seinem Verhältnis zum Prinzipal und zu den übrigen Angestellten, an seiner Stellung hinter dem Tresen und anderen Kennzeichen mehr. Dies bietet, wenn ich anwesend bin, eine gewisse Sicherheit.

Dieser Vorzug fällt fort, wenn ich mit diesen Personen telephonisch unterhandle.[1]) Durch den Fernsprecher bin ich nicht in der Lage festzustellen, wenn ich mit einem Handelsgeschäft verbunden bin, ob sich der Prinzipal, ein Angestellter oder eine beliebige andere Person dort am Fernsprecher befindet.

Trotzdem versucht Staub[2]) eine Haftung des Prinzipals in umfassendem Maße für alle durch seinen Fernsprecher abgegebenen Erklärungen zu konstruieren. Er stellt folgende Lehre auf[2]):

„Ein Kaufmann, der Telephonanschluß hat, ermächtigt durch dieses Verhalten alle seine Angestellten, Dritten gegenüber zur Abgabe derjenigen Erklärungen, welche dieselben tatsächlich durch das Telephon abgeben. Der Dritte muß sich darauf verlassen können, daß kein Unberufener das Telephon benutzt."

Es wird hier also angenommen, daß ein Kaufmann, der ein Telephon besitzt, dafür Sorge zu tragen habe, daß niemand durch das Telephon Erklärungen abgibt, der nicht dazu befugt ist, und daß der Telephoninhaber anderenfalls an diese Erklärungen gebunden sei.

Denselben Standpunkt hat in der Praxis das Oberlandesgericht Braunschweig vertreten, indem es in seiner Entscheidung vom 23. 9. 1889 den Satz aufstellt[3]): „daß, wer in seinem Geschäftslokale ein Telephon hält und sich desselben zu geschäftlichen Mitteilungen bedient, damit jedenfalls stillschweigend die Erklärung abgibt, daß während der Geschäftsstunden kein Unberufener sich desselben be-

---

[1]) Das Landgericht I Berlin will die Bestimmung des § 56 analog auf den Fall ausdehnen, in welchem jemand nicht direkt, sondern durch das Telephon unter den übrigen im § 56 bezeichneten Voraussetzungen mit einem solchen Angestellten in Verhandlung tritt. Siehe Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts 1894 S. 26.

[2]) Staub, Komm. 6. u. 7. Aufl. Anm. 11 zu § 54 Bd. 1 S. 218.

[3]) Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 40 S. 450.

dienen werde, so daß also jedes andere Geschäft, welches während der Geschäftsstunden mit jenem in eine telephonische Unterhaltung eintritt, davon ausgehen darf, daß niemand ohne Ermächtigung des Inhabers sich des Telephons bediene."

Die Anwendung dieser Grundsätze würden für den telephonbesitzenden Kaufmann schwere Schädigungen zur Folge haben. Ein Kaufmann wäre gezwungen, um die erforderliche Sorgfalt anzuwenden, während der Geschäftsstunden fortwährend Obacht zu geben, daß durch sein Telephon, sei es von seiten nichtbevollmächtigter Angestellter, sei es von seiten dritter Personen, nicht für ihn rechtsverbindliche Erklärungen abgegeben werden. Er dürfte dann z. B. nie, wie es doch teilweise üblich ist, einem Fremden die Erlaubnis zur Benutzung seines Telephons erteilen, da dieser ihn empfindlich schädigen könnte, z. B. dadurch, daß er im Namen des Kaufmanns Willenserklärungen abgibt, z. B. Bestellungen für diesen macht. Vielfach kann ein Kaufmann gar nicht umhin, einem Kunden die Benutzung seines Telephons zu gestatten. Er müßte aber sogar seine Familienangehörigen und sein häusliches Dienstpersonal vom Fernsprecher fernhalten. Eine solche Beaufsichtigung des Fernsprechers ist aber einerseits meistens vollständig unmöglich[4]) und würde andererseits auch die Zeit des Prinzipals in ungebührlicher Weise in Anspruch nehmen.

Abgesehen davon, daß die Staubsche Rechtsauffassung dem Kaufmann eine ganz außergewöhnliche Sorgfalt auferlegt, liegt gar kein Grund vor, weshalb die Erklärung irgend eines Angestellten deshalb eine größere Rechtswirkung erhalten soll, weil sie durch den Fernsprecher erfolgt.

Wenn Staub im vermeintlichen Verkehrsinteresse diese Theorie aufstellen zu müssen glaubt, so wird damit dem Verkehr mehr geschadet als genützt.

---

[4]) vgl. Meili, Telephonie und Telegraphie S. 31.

Die herrschende Meinung in Theorie und Praxis steht auch nicht auf diesem Standpunkt.[5])

Staub begründet seine Ansicht damit, „daß anderenfalls der andere Teil die Gefahr mangelnder Legitimation tragen müßte und dies unberechtigt wäre".

Dem tritt das OLG. Hamburg entgegen in der Entsch. vom 21, 12. 1903[6]), indem es ausführt, „daß diese Gefahr der andere Teil aus guten Gründen stets trägt, wo nicht das Gesetz das Gegenteil anordnet."

Es ist allerdings richtig, daß derjenige, der mit dem Geschäftslokal eines Kaufmanns telephonisch unterhandelt, kaum die Möglichkeit besitzt, zu erfahren, wer sich dort am Telephon befindet, ob dies der Prinzipal selbst ist oder ein Prokurist, oder eine Person, die überhaupt nicht befugt ist, rechtsverbindliche Erklärungen abzugeben. Aber gerade deshalb, weil man nie genau wissen kann, mit wem man durch den Fernsprecher verhandelt, ist eben bei der Benutzung desselben die größte Vorsicht am Platze. Dadurch, daß eine Erklärung durch das Telephon gerufen ist, wird der Adressat nicht der Prüfung enthoben, ob der Erklärende tatsächlich im Einzelfall befugt ist, diese Erklärung abzugeben. Dieser befindet sich außerdem in derselben schwierigen Lage. Er weiß auch nicht, ob die Willenserklärung an den von ihm gewollten Adressaten gelangt. Es ist mit der Tatsache zu rechnen, daß das Telephon ein insofern unvollkommener Apparat ist, daß man nicht genau erkennen kann, mit welcher Person man vermittelst desselben verhandelt.

Man kann deshalb auch nicht den § 56 HGB. zur Unterstützung der Staubschen Meinung heranziehen, da die durch denselben aufgestellte präsumtive Vollmacht

---

[5]) In der 8. Aufl. von Staubs Komm. wird die Staubsche Lehre nicht mehr vertreten.

[6]) In Seufferts Archiv Bd. 59 S. 198.

bei weitem nicht so umfangreich ist, wie Staub eine Vollmacht des Telephoninhabers präsumiert. Außerdem fehlt, wie schon hervorgehoben, bei dem telephonischen Verkehr jene Sicherheit, die die Bestimmung des § 56 HGB. bei dem Verkehr unter Anwesenden für unbedenklich erscheinen läßt, denn in einem offenen Laden oder Warenlager kann man mit ziemlicher Sicherheit erkennen, ob man mit einem bevollmächtigten Angestellten verhandelt, während dies durchs Telephon unmöglich ist.

Außerdem dehnt Staub seine Lehre dahin aus, daß der Kaufmann für die telephonischen Erklärungen aller Personen, nicht nur seiner Angestellten, einzustehen habe. Wozu sollte das führen! Kein verständiger Kaufmann würde sich einen Fernsprecher anschaffen, da dieser seinen Ruin bedeuten könnte.

Oder liegt vielleicht darin eine Vollmachtserteilung, wenn der Prinzipal einem Angestellten den Auftrag erteilt, das Kontortelephon zu bedienen. Es sind zwar Rechtsverhältnisse denkbar, in deren Eingehung zugleich eine Vollmachtserteilung liegt. Ein Auftrag dieser Art verpflichtet und berechtigt den Angestellten nur, entweder Erklärungen des Prinzipals oder anderer bevollmächtigter Angestellter weiterzubefördern oder Erklärungen, welche er durch den Fernsprecher vernimmt, entgegenzunehmen und dieselben den bevollmächtigten Personen mitzuteilen. Im letzteren Falle vertritt er die Stelle des Briefkastens, welcher auch nur den Zweck erfüllt, Mitteilungen entgegenzunehmen. Im ersteren Falle ist seine Tätigkeit dieselbe, wie die der Schreibmaschinistin, welcher die Erklärung in die Maschine diktiert wird. Hieraus geht schon hervor, daß dieser Angestellte lediglich ein Vertreter in der Erklärung ist.

Staub schränkt diese Haftung auch dadurch ein, indem er sagt: „Eine andere Frage ist, ob es üblich ist, Erklärungen der gerade in Rede stehenden Art durch das Telephon abzugeben. Ist es nicht üblich, so braucht sie

der Telephonbesitzer nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn sie jemand an seinem Telephon abgegeben oder entgegengenommen hat, der dazu nicht legitimiert war."

Nun haftet unter Umständen allerdings der Prinzipal für telephonische Erklärungen seiner Angestellten. Aber diese Haftung beruht auf anderen Gründen, wie die Staubs. Daß der Prinzipal die telephonischen Erklärungen seiner Prokuristen und Handlungsbevollmächtigen zu vertreten hat, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung. Dies wird ihm nicht schwer, zumal man nur vertrauenswürdigen, zuverlässigen, erprobten Personen Handlungsvollmacht erteilt. Natürlich bewegt sich auch diese Haftung in den gesetzlich vorgeschriebenen Grenzen.

Aber abgesehen hiervon gibt es doch Fälle, wo der Prinzipal für Erklärungen haftet, die nicht im Rahmen einer Vertretungsmacht abgegeben sind.

Wenn der Prinzipal einen Angestellten anweist, eine bestimmte Willenserklärung durch den Fernsprecher abzugeben, so ist dieser Angestellte nichts weiter als ein Bote, eine zur Übermittelung verwendete Person im Sinne des § 120 BGB. Falls dieser die Erklärung entstellt, so ist zunächst der Prinzipal dafür haftbar. Dies spricht zwar das BGB. nicht ausdrücklich aus, ergibt sich aber aus § 120, denn, wenn der Erklärende nicht haftbar wäre, brauchte er die Erklärung nicht anfechten zu können. Diese Haftbarkeit besteht natürlich nicht, wenn der Angestellte eine ganz andere Erklärung abgibt, wie ihm geheißen ist, es muß sich im wesentlichen immer noch um die Erklärung des Prinzipals handeln.[7]) Jedoch kann der Prinzipal durch Anfechtung seine Haftpflicht auf das negative Interesse verringern.

Andererseits kann eine außervertragliche Haftung

---

[7]) vgl. Staudinger a. a. O. Erl. 4 zu § 120.

durch den § 831 des BGB. begründet sein,[8]) nach welchem derjenige, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Diese Bestimmung kann in dem Fall Anwendung finden, wenn der Prinzipal einen Angestellten mit der Bedienung des Telephons betraut. Aber diese Haftung bezieht sich nur auf solche Erklärungen, die der Angestellte „in Ausführung der Verrichtung", zu der er bestellt ist, abgibt. Er ist aber nur dazu bestellt, die Erklärungen durch das Telephon abzugeben, die ihm zu diesem Zwecke von den bevollmächtigten Personen mitgeteilt sind. Gibt er sonstige Erklärungen ab, so handelt er nicht „in Ausführung der Verrichtung" und begründet dadurch keine Haftung des Prinzipals.

Wohl kann er dadurch Schaden anrichten, daß er telephonische Erklärungen verwechselt, vergißt, verändert, entstellt usw. Aber in diesem Falle verpflichten sie nicht den Prinzipal, sie als in seinem Namen abgegeben gelten zu lassen, sondern sie legen ihm nur eine Schadensersatzpflicht auf, was nicht immer dasselbe ist. Außerdem kann der Chef sich exkulpieren, indem er nachweist, daß er bei der Auswahl der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Die Haftung des Prinzipals nach § 831 wird eintreten, wenn derselbe einen Angestellten, den er als unzuverlässig, trunksüchtig, leichtsinnig oder vergeßlich kennt, zur Bedienung des Telephons bestimmt. Richtet dieser einen Schaden dadurch an, daß er z. B. eine Bestellung verdoppelt oder sonst verändert, so hat der Chef den dadurch entstandenen Schaden zu tragen. Diese Schadensersatz-

[8]) vgl. Makower, HGB. Erl. 1b zu § 54; Düringer-Hachenburg, HGB. Erl. 3 zu § 54 Bd. 1 S. 185.

pflicht wird in vielen Fällen auf dasselbe hinauslaufen, als wenn die betreffende entstellte Erklärung für den Prinzipal verbindlich wäre. Was in diesem Falle die Höhe des Schadensersatzes anbelangt, so haftet an und für sich der Kaufmann nach § 831 für den vollen Schaden. Diese Haftung kann er jedoch bedeutend einschränken, indem er gemäß §§ 120—122 die Erklärung seines Angestellten rechtzeitig anficht. Der nichtbevollmächtigte Angestellte ist in diesem Falle eine zur Übermittelung von Willenserklärungen verwendete Person im Sinne des § 120. Wenn dieser eine Willenserklärung unrichtig übermittelt, so kann der Chef, sobald er von der unrichtigen Übermittelung Kenntnis erhält, dieselbe anfechten. Tut er dies unverzüglich, so vermindert er seine Haftung gemäß § 122 auf die Verpflichtung, nur das negative Vertragsinteresse zu ersetzen.

Dieser Fall hat wiederum Ähnlichkeit mit dem, daß der Prinzipal eine Willenserklärung in die Schreibmaschine diktiert und der Schreibmaschinist sich verschreibt. Der Unterschied liegt aber darin, daß der Prinzipal, indem er das Maschinenschreiben unterschreibt, den Schreibmaschinisten und damit den § 120 ausschaltet, so daß jetzt unmittelbar auf Grund des § 119 BGB. die Anfechtung stattfindet. Jedoch ist das Ergebnis dasselbe.

Wie schon erwähnt, erstreckt sich die Haftung gemäß § 831 nicht auf Erklärungen, die der Angestellte aus eigener Machtvollkommenheit abgibt, da er zu einer solchen Verrichtung nicht bestellt ist. Aber auch hier kann eine Haftung des Prinzipals eintreten.

Wenn ein nicht bevollmächtigter Angestellter durch den Fernsprecher mißbräuchlich im Namen der Firma kontrahiert, so erfordert Treu und Glauben, daß der Prinzipal, sobald er von dem Mißbrauch erfährt, unverzüglich dem Vertragsgegner davon Mitteilung macht, daß er getäuscht ist. Durch Schweigen würde er in diesem

Falle nur seine Zustimmung zu der Handlungsweise seines Angestellten ausdrücken, und deshalb wäre die Willenserklärung desselben für ihn verbindlich.[9])

Andererseits würde unter Umständen auch darin eine stillschweigende Bevollmächtigung liegen, daß der Prinzipal duldet, daß ein nicht bevollmächtigter Angestellter wiederholt in seinem Namen durch den Fernsprecher für die Firma rechtsverbindliche Erklärungen abgibt. Wenn ein solcher Angestellter sich als bevollmächtigt geriert, der Prinzipal die so durch ihn abgeschlossenen Verträge regelmäßig für sich gelten läßt und das Verhalten des Angestellten dadurch billigt, so liegt hierin die stillschweigende Erteilung einer Handlungsvollmacht. Dies hat seinen Grund darin, daß die Erteilung einer Handlungsvollmacht durch konkludente Handlungen erfolgen kann, wie alle Rechtshandlungen, für die das Gesetz keine ausdrückliche Form vorgeschrieben hat, formlos und stillschweigend vorgenommen werden können. Daß eine Handlungsvollmacht im allgemeinen auch stillschweigend erteilt werden kann, läßt sich durch argumentum e contrario auch dem Umstande entnehmen, daß der § 48 des HGB. bestimmt, daß die Prokura nur ausdrücklich erteilt werden kann. Denn diese Bestimmung wäre zwecklos, wenn in sonstigen Fällen keine stillschweigende Bevollmächtigung zulässig wäre.

Staub sagt nun im Anschluß an seine Lehre weiter: „Das Analoge muß gelten für Entgegennahme von Mitteilungen durch das Telephon."

Dem schließt sich das Landgericht Leipzig an in einer Entscheidung vom 5. 4. 1894,[10]) indem es ausführt: „Die Sicherheit des Geschäftsverkehrs erheischt, daß zur Entgegennahme telephonischer Meldungen jede Person als

[9]) vgl. Meili in der DJZ. Bd. 3 S. 459; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 388 Anm. 13; Frankenburger in der DJZ. Bd. 9 S. 848.

[10]) Im Sächs. Arch. Bd. 5 S. 180 ff.

legitimiert gelten muß, welche an dem Apparate des Angerufenen erscheint und sich unter Nennung des Namens des Angerufenen mit dem andern Teile in eine Unterredung einläßt."

Auch diese Sätze sind bekämpft worden, mit der Begründung, daß auch zur Entgegennahme von Willenserklärungen eine besondere Vollmacht erforderlich sei. Dies ist im allgemeinen zwar richtig. Es liegt aber bei einem Kaufmann durchweg in dessen Sinne, wenn seine Angestellten Willenserklärungen, wie sie einem kaufmännischen Betriebe zugehen, entgegennehmen, denn sie sind ja größtenteils zu diesem Zwecke angestellt. Außerdem können sie hierdurch keinen allzu großen Schaden anrichten. Sie sind aber deshalb nicht als zur „Entgegennahme von Willenserklärungen" besonders bevollmächtigt anzusehen, vielmehr auch nur als Boten, welche den Zweck haben, diese Erklärungen an den Prinzipal weiter zu befördern. In dieser Hinsicht tritt auch das Reichsgericht an die Seite Staubs,[11]) indem es ausführt, daß in der Regel jeder kaufmännische Angestellte des Kontors als befugt anzusehen ist, eine telephonische Erklärung, welche an das Kontor des Kaufmanns gerichtet ist, entgegenzunehmen. Aber auch dieser Satz wird nur mit Vorsicht angewandt werden müssen und hat hierbei je nach der Lage des Falles, der Art des Angestellten und der Erklärung die Entscheidung auszufallen. Endgültige Normen hierüber aufzustellen wäre wohl untunlich, da sich in solchen Fällen im Laufe der Jahre zweifellos ein brauchbares Gewohnheitsrecht bilden wird.

---

[11]) Entsch. d. RG. Bd. 61 S. 127.

Der Ferndrucker.[1])

Es ist schon vielfach der Wunsch geäußert worden, das Telephon mit einem Apparate zu verbinden, z. B. einem Phonographen, welcher geeignet sei, das gesprochene Wort festzuhalten. Schon Meili[1]) spricht die Hoffnung aus, daß es gelingen möge, die dem Telephon anhaftende Gebrechlichkeit dadurch, daß ein Phonograph eingeschaltet werde, zu beseitigen. Die Technik hat denn auch nicht lange auf sich warten lassen und hat dem Telegraph, wie dem Telephon einen jüngeren Bruder geschaffen, den Ferndrucker, welcher auch bereits seinen Einzug in das Gebiet der Rechtswissenschaft gehalten hat.[2]) Der Ferndrucker ist ein elektrischer Übermittelungsapparat, welcher im Äußeren einige Ähnlichkeit mit einer Schreibmaschine hat, da er, wie diese, mit einer Klaviatur versehen ist. Wenn man mit diesem Apparat die zu übermittelnde Nachricht auf einen Papierstreifen druckt, so druckt ein jeder gleiche Ferndrucker, der mit dem Aufgabeapparat elektrisch verbunden ist, dieselben Worte auch auf einen Papierstreifen nieder. Die neueren Ferndrucker sind so eingerichtet, daß sie an jede Fernsprechanlage angeschlossen werden können. Ein Vertrag mittels Ferndruckers kommt zustande, indem sich zunächst der Antragende mit dem Vermittelungsamt in Verbindung setzt und sich durch dieses mit dem Antragsempfänger verbinden läßt. Er druckt diesem, der mittels eines Läutewerks an seinen Apparat gerufen wird, darauf die Offerte zu. Der Antragsempfänger druckt die Annahmeerklärung zurück, und der Ferndruckvertrag ist geschlossen.

[1]) Meili, Telephonrecht S. 204; Maas a. a. O. S. 89, 90.

[2]) vgl. Sames in der DJZ. Bd. 9 S. 1179; Koppers in der DJZ. Bd. 10 S. 159.

Was die Schriftlichkeit der Übermittelung anbelangt, so ähnelt der Ferndrucker dem Telegraphen. Mit dem Telephon hat er gemeinsam, daß die Anschlußteilnehmer unmittelbar einander Nachrichten übermitteln können, welche im Augenblick der Abgabe den Adressaten erreichen, und daß dieser auch die Möglichkeit besitzt, unmittelbar auf gleiche Weise zu antworten. Der Ferndrucker vereint also die Möglichkeit des unmittelbaren, sofortigen Gedankenaustauschs des Fernsprechers mit der Schriftlichkeit des Telegraphen. Diese Vorzüge sichern dem Ferndrucker eine große Zukunft und lassen es als zweifellos erscheinen, daß er binnen kurzem an Bedeutung dem Telephon ebenbürtig sein wird.

Der Ferndrucker verlockt zu einem Vergleich mit dem Telephon in rechtlicher Hinsicht. Zunächst taucht hier die Frage auf, ob der durch den Ferndrucker geschlossene Vertrag ein solcher unter Anwesenden oder unter Abwesenden ist. Viele Gründe, welche dafür angeführt werden, daß der telephonische Vertrag ein Vertrag unter Anwesenden sei, fallen hier fort, so z. B. die Mündlichkeit des gegenseitigen Verkehrs und außerdem die schon an sich geringe Möglichkeit, den Vertragsgegner an dessen Stimme zu erkennen. An Stelle dieser tritt aber eine bleibende, schriftliche Urkunde, welche allerdings nur dann als beweiskräftig gelten kann, wenn die Persönlichkeit des erklärenden Absenders unbestritten ist. Das einzige Moment, welches zugunsten des Vertrages unter Anwesenden sprechen würde, ist die Möglichkeit des unmittelbaren Meinungsaustausches. Jegliche Verkehrssicherheit fällt hingegen fort, da es nicht möglich ist, die Persönlichkeit des Mitkontrahenten zu erkennen. Infolgedessen wird hier die Ansicht, daß der Ferndruckverkehr ein Verkehr unter Anwesenden sei, kaum vertreten werden können. Trotzdem sprechen dieselben Gründe wie im Fernsprechverkehr dafür, daß der durch den Ferndrucker

übermittelte Vertragsantrag nur sofort angenommen werden kann, da die Benutzung des Ferndruckers ebenso wie die des Telephons zu erkennen gibt, daß der Erklärende eine Bindung an seinen Antrag ausschließen will und wegen des gleichzeitigen Verbundenseins eine sofortige Antwort erwartet. Infolgedessen wird der § 147 Satz 2 des BGB. auch auf den Verkehr mittels Ferndrucker angewendet werden müssen.

Im übrigen sind auf den Ferndruckverkehr die Normen des Verkehrs unter Anwesenden nicht in demselben Maße wie auf den Fernsprechverkehr anzuwenden. Was zunächst das „Zugehen" der durch den Ferndrucker übermittelten Willenserklärung anbelangt, so wird dies in dem Augenblick erfolgen, in welchem die Willenserklärung von dem Aufnahmeapparat des Anerklärten schriftlich fixiert wird, ohne Rücksicht darauf, ob sich der Empfänger am Apparat befindet oder nicht, da dieser ja von diesem Augenblick an die Möglichkeit besitzt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Aus ähnlichen Gründen wird auch, im Gegensatz zur telephonischen Willenserklärung, einer sich in einem Zustande des § 105 Abs. 2 BGB. befindlichen Person eine Willenserklärung durch den Ferndrucker zugehen können.

Wenn das Telephon schon Täuschungen und Betrügereien in erheblichem Maße Vorschub leistet, so wird dies der Ferndrucker in noch größerem Maßstabe tun. Inwieweit die Praxis sich hiergegen schützen kann, muß die Zukunft lehren.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.